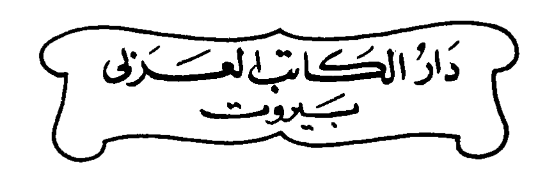
سلسلة الثقافة العامة

التشريع الجنائي الإسلامي

مقارناً بالقانون الوضعي

تأليف
عبد القادر عوده

الجزء الأول


دار الكاتب العربي
بيروت



بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذى علم الإنسان بعد جهل ، وهداه بعد ضلال ، وفقّهه بعد غفلة ، والصلاة والسلام على محمد رسول الله الذى أرسله ربه للناس كافة بشيراً ونذيراً وهاديا ومعلما ليهلك من هلك عن بيّنة ويحيي من حيّ عن بيّنة .

وبعد ؛ فهذه دراسات فى التشريع الجنائى الإسلامى مقارنة بالقوانين الوضعية ، وفقنى الله فيها إلى إظهار محاسن الشريعة ، وتفوقها على القوانين الوضعية ، وسبقها إلى تقرير كل المبادىء الإنسانية ، والنظريات العلمية والاجتماعية التى لم يعرفها العالم ولم يهتد إليها العلماء إلا أخيرا .

وسيرى القارىء مصداق هذا القول بين دفتى هذا الكتاب ، وأرجو أن لا ينتهى من قراءته إلا وقد أصبح يعتقد بما أعتقده ، وهو أن الشريعة الإسلامية هى شريعة كل زمان ومكان .

والحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله .

رَبِّ اشْرَحْ لى صَدْرِى وَيَسِّرْ لى أَمْرِى ، وَاحْلُلْ عُقْدَةً مِن لِسَانِى يَفْقَهُوا قَوْلِى ؟

تقديم وتوجيه

١ ـ **موضوع البحث** : هذه دراسات فى التشريع الجنائى الإسلامى مقارنة بالقوانين الوضعية وعلى الأخص القانون المصرى ، تقوم على بحث المبادىء والنظريات العامة فى الشريعة والقوانين ، وبيان وجوه الخلاف والوفاق بينهما ـ وقد بدأت فيها بمقارنة أحكام القسم الجنائى ، وأرجو أن يعيننى الله حتى أتمه ، وأن يوفقنى بعد إتمامه إلى مقارنة أحكام القسم المدنى .

٢ ـ **محتويات الجزء الأول** : **وقد خصصت هذا الجزء لمباحث القسم** الجنائى العام ، وسيكون الجزء الثانى شاملا للقسم الجنائى الخاص .

٣ ـ **مدى المقارنة بين الشريعة والقانون الوضعى** : وسيرى القارىء أنى حرصت أشد الحرص على أن تكون المقارنة شاملة لكل المبادىء والنظريات فى كل موضوع جل أو هان ، وقد أردت من هذا أن يكون القارىء على علم بأحكام الشريعة فى كل صغيرة وكبيرة ومدى اتفاقها أو اختلافها مع أحكام القوانين الوضعية ، كما أردت أن أقطع الطريق على من فى قلوبهم مرض فلا يقولون لماذا خاض فى هذا الموضوع وترك ذاك .

وحين أقارن بين الشريعة والقوانين الوضعية ، لن أتتبع القانون فى أطواره الأولى بالمقارنة والموازنة ، ولن أقارن بين القانون فى القرن السابع الميلادى و بين الشريعة التى أنزلت على محمد صلى الله عليه وسلم فى أول هذا القرن ؛ فإن القانون فى هذه العهود لم يكن فى مستوى يسمح له أن يقارن بالشريعة الإسلامية ، ولكنى أقارن حين أقارن بين القانون فى عصرنا الحاضر و بين الشريعة ، وحين أفعل هذا إنما أقارن بين قانون متغير متطور يسير حثيثا نحو الكمال حتى يكاد يبلغه كما يقال ، و بين شريعة نزلت من ثلاثة عشر قرنا لم تتغير ولم تتبدل فيما مضى ولن تتغير أو تتبدل فى المستقبل ، شريعة تأبى طبيعتها التغيير والتبديل ؛ لأنها من

عند الله ، ولا تبديل لكلمات الله ؛ ولأى من صنع الله الذى أتقن كل شىء خلقه فليس ما يخلقه فى حاجة إلى إتقان من بعد خلقه .

فنحن إذن حين نقارن إنما نقارن بين أحدث الآراء والنظريات فى القانون، و بين أقدمها فى الشريعة ، أو نحن نقارن بين الحديث القابل للتغيير والتبديل ، و بين القديم المستعصى على التغيير والتبديل ، وسنرى ونلمس من هذه المقارنة أن القديم الثابت خيرمن الحديث المتغير ، وأن الشريعة على قدمها أجل من أن تقارن بالقوانين الوضعية الحديثة ، وأن القوانين الوضعية بالرغم مما انطوت عليه من الآراء واستحدث لها من المبادئ والنظريات لاتزال فى مستوى أدنى من مستوى الشريعة.

وليعجب من شاء كما يشاء من هذا القول ، فإن الحق فى هذه الأيام أصبح غير مألوف بحيث يعجب منه أكثر الناس ، ولكن العجب لن يستبد بمن كان له عقل يفكر ، ويقدر ، و يقارن ، ويوازن ، ويميز الخبيث من الطيب .

إن الحديث قد يكون خيراً من القديم إذا قورن ما صنعه الناس قديماً بما يصنعه الناس اليوم ، ولكن الحديث لن يتهيأ له أن يصل إلى مستوى القديم إذا قورن ما يصنعه الناس بما صنعه رب الناس .

لقد صنع الله موسى وعيسى و محمداً وأوحى إليهم بالتوراة والإنجيل والقرآن . فهل جاء قبلهم أو بعدهم من غير الرسل من يصح أن يوضع معهم موضع المقارنة ؟ وهل استطاع البشر أن يأتوا بمثل ما أتوا به ؟ ولقد صنع الله السماء والأرض ، وسخر لنا الشمس والقمر ، وخلقنا معشر البشر ، فهل يحسن البشر أن يصنعوا مثل هذا ؟ إنهم لا يحسنون أن يصنعوه ، بل إن أكثرهم لا يحسنون أن يفقهوه . و إذا استساغت عقول البشر أن تضع ما يصنعه مخلوق فى مستوى ما صنعه مخلوق آخر فإن هذه العقول لا تستسيغ بأى حال أن تضع ما يصنعه المخلوق فى مستوى ما صنعه الخالق ، لأنها تدرك الفرق بين الصناعتين ، وتحس المدى الواسع بين الصانعين . ولا شك أن العقول التى تدرك هذا جديرة بأن تدرك الفرق بين

الشريعة الإسلامية وهى من صنع الله ، و بين القوانين الوضعية وهى من صنع البشر فإذا عجزت بعض العقول عن إدراك الفرق بينهما ، فأولى بأصحابها أن لا يعجبوا مما نقول وعليهم أن يعجبوا من أنفسهم كيف لا يدركون الواقع المحسوس ، وكيف لا يفهمون الأوليات والبدائه ؟

٤ ـ **المذاهب الشرعية المقارن بها** : وسيرى القارىء أنى لم أعتمد فى المقارنة على مذهب واحد من مذاهب الفقهاء الإسلاميين ، و إنما جعلت عماد المقارنة المذاهب الأربعة المشهورة وهى المذهب المالكى ، والمذهب الحنفى ، والمذهب الشافعى ، والمذهب الحنبلى ، فبينت أحكام كل مذهب من هذه المذاهب فى كل موضوع طرقته ، واجتهدت أن أبين أساس الخلاف بين المذاهب إن كان ثمة خلاف ، ليكون القارىء ملما باتجاه كل مذهب وسنده .

٥ ـ **عدم الاقتصار على المذاهب الأربعة** : وكان بودى أن أدرس بعض المذاهب الأخرى المشهورة كمذاهب الشيعة والخوارج والظاهرية ، ولكن ظروفى ووسائلى ووقتى قصرت بى عن بلوغ ما أريد ، فأنا موظف شاء حظه أن يكون مقر عمله فى الريف دائماً حيث تقل المكتبات والكتب أو تنعدم ، ومن ثم فقد اعتمدت على نفسى فى اقتناء الكثير الذى لا أجده ، وقنعت باستعارة القليل الذى أجده ، وأغلب من يعتمدون على أنفسهم مثلى فى هذه الحالة لا يستطيعون أن يحصلوا على كل ما يشتهون .

وكان الوقت أعظم مشاكلى ، فعملى الرسمى يأخذ منى كل أوقات فراغى تقريباً ولولا أنى خصصت أوقات راحتى اليومية ، وأيام عطلتى السنوية للدراسة والاطلاع ، لما تغلبت على هذه المشكلة .

وقد كان هذا كله سبباً فى أن أقصر دراستى على هذه المذاهب الأربعة وأن أترك ما عداها من المذاهب المشهورة ، ولعلى أتدارك ما فاتنى فى طبعة مقبلة إن شاء الله .

٦ – لغة البحث : ولم أشأ أن أكتب باللغة التى يكتب بها فقهاء الشريعة لأنى دون شك أعجز من أن أجاريهم فى أسلوبهم الدقيق العميق ولأن القارىء العادى يعجز عن فهم هذا الأسلوب ، وفضلت أن أكتب باللغة التى يكتبها و يفهمها رجال القانون الآن مكتفياً بإبقاء الاصطلاحات الفنية الشرعية أو ذكرها وذكر ما يقابلها فى اصطلاحنا القانونى ، ولكنى لم أهمل الإشارة إلى المراجع التى استندت إليها أو أخذت عنها .

وقد دفعنى لسلوك هذا الطريق الحرص على أن يفهم كل قارىء ما أكتب دون حاجة إلى تعمق فى الفهم أو كدّ للذهن ، ولعلى بهذه الطريقة أكون قد سهلت لمن درسوا دراسة مدنية فهم الشريعة دون حاجة للرجوع إلى كتبها ، بل لعلى أكون قد سهلت لهؤلاء فهم كتب الشريعة على حقيقتها إذا ما حاولوا الرجوع إليها بعد قراءة كتابى هذا ، فما لا شك فيه أن كتب الشريعة مكتوبة بلغة دقيقة مركزة ، ولا يستطيع فهم هذه الكتب إلا من مرن على قراءتها ، وكان على علم بالقواعد الشرعية الأساسية ، وهذه صفات لا تتوفر غالباً فيمن درسوا دراسة مدنية .

على أنى مهما حاولت أن ألتزم أساليبنا القانونية ، فإنى أعلم أنى عاجز عن التخلص من أثر الأساليب الشرعية ، ولعل مصاحبتى الطويلة لكتب الشريعة قد تركت أثرها فى لغتى وأسلوبى وهو أثر أرجو أن يفيد القارىء وأن يقرّبه مرحلة من فهم كتب الشريعة .

٧ – الفقهاء والشراح : وقد التزمت أن أقصر لفظ الفقهاء على علماء الشريعة ، وأن أخصص لفظ الشراح لعلماء القانون ، وأحب الآن أن أنبه لذلك حتى إذا ما عرض أحد اللفظين غير مميز على القارىء لم يشتبه عليه الأمر . وأساس هذه التفرقة غلبة التسمية وانطباق اسم كل على عمله ، ففى الشريعة يسمون العالم فى الغالب فقيها ، وفى القوانين يسمون العالم فى الغالب شارحا ، والواقع أن طبيعة عمل كل منهما تصلح أساسا للاسم الذى غلب عليه ، فالعالم فى الشريعة يشرح

النصوص وهى قليلة ؛ و يستنبط القواعد والمبادىء والنظريات التى تترتب على هذه النصوص و يرتب على أساسها الأحكام ، فأ كثر عمله فقه وأقله شرح ، ومن ثم غلب عليه لفظ الفقيه . والعالم فى القانون أ كثر عمله شرح النصوص التى لا حد لها من الـكـثرة ، وهو يشرحها طبقاً للقواعد والمبادىء التى جاءت بها النصوص العامة ، وهذا لا يمنعه أن يستنبط بين الحين والآخر مبدأ جديداً أو نظرية حديثة ، إلا أن استنباط المبادىء والنظريات هو أقل عمله وشرح النصوص هو أ كثر عمله ، لأن ورود النصوص فى كل مايتصور من حالات يسد عليه باب التفـكير والاستنباط و يوجهه إلى الشرح ، ومن ثم غلب عليه لفظ الشارح

٨ – لماذا بدأت بالقسم الجنائى : ولقد بدأت بالقسم الجنائى لأنه القسم المنبوذ المظلوم فى الشريعة . فنحن معشر القانونيين لا ندرس من الشريعة إلا الجزء الخاص بالأحوال الشخصية ، وما عدا ذلك فهو مهمل إهمالا يكاد يكون تاما و بخاصة القسمين المدنى والجنائى . وقد أدى بنا هذا الإهمال إلى نتيجة لابد منها وهى أنا نجهل أحكام هذين القسمين جهلا فاضحا . ولـكننا بالرغم من ذلك نعترف بأن الشريعة بلغت فى المسائل المدنية مستوى لا يقل عن المستوى الذى بلغته القوانين الوضعية .

وقد ساعدنا على هذا الاعتراف من وجه أن رجال القانون يرجعون إلى الشريعة مجبرين فى قليل من المواضع المدنية ، لأن نصوص القانون المدنى التى تحكم هذه المواضيع أخذت عن الشريعة الإسلامية ، وهذه النصوص على قلتها يمكن أن تعطى فكرة لابأس بها عن الشريعة . كذلك ساعد على هذا الاعتراف من وجه آخر أن المرحوم محمد قدرى باشا سهل بكتابه « مرشد الحيران » المقارنة بين القسم المدنى من الشريعة على مذهب أبى حنيفة و بين القوانين الوضعية، حيث نظم أحكام المذهب الحنفى فى المسائل المدنية فى مواد وأبواب متتالية على غرار مواد وأبواب القانون المدنى المصرى ، فمـكن رحمه الله بعمله هذا لـكل من يطلع

على كتابه أن يقارن بسهولة بين أحكام الشريعة وأحكام القانون ، وأن يعرف دون الرجوع إلى الكتب الفقهية مدى الائتلاف والاختلاف ، وإن كانت هذه المعرفة وتلك المقارنة لا تنتهي فى الغالب إلى نتائج صحيحة ما دام المطالع يجهل كل الجهل الأصول والقواعد العامة التى قامت عليها الأحكام الشرعية ، وما دام يجهل كل شيء عن آراء فقهاء المذاهب الأخرى .

أما القسم الجنائى فهو فى عقيدة جمهور رجال القانون لا يتفق مع عصرنا الحاضر ولا يصلح للتطبيق اليوم ، ولا يبلغ مستوى القوانين الوضعية . وهى عقيدة خاطئة مضللة . وإذا حاول أى شخص منصف أن يعرف الأساس الذى قامت عليه هذه العقيدة فسيعجزه أن يجد لها أساسا سوى الجهل ، وسيدهشه أن يعلم أننا نحكم على القسم الجنائى فى الشريعة بعدم الصلاحية ونحن نجهل كل الجهل أحكام الشريعة الجنائية مجملة ومفصلة .

ومن المؤلم للنفس أن تروج هذه العقيدة الخاطئة أو الأكذوبة الكبرى وأن يلقنها الطلبة على أنها عقيدة مسلَّم بها من أولى العلم والقائمين على أمر التشريع بالرغم من أنها قائمة على مخالفة الواقع ، وإنكار الحقائق ، والجهل الفاضح بأحكام الشريعة . ومن أراد أن يعرف مدى خطأ هذه العقيدة وضلالها فعليه أن يرجع إلى كتب الشريعة الإسلامية ليرى أن كل مبدأ وكل قاعدة وكل نظرية فى الشريعة الإسلامية تنادى بخطأ هذه العقيدة و بعدها من الصواب .

وقد رأيت من الواجب علىّ ، بعد أن تبين لى ذلك أن أحارب هذه العقيدة الخاطئة الظالمة ، وأن أبدأ بالكتابة فى القسم الجنائى الذى نبذناه دون حق ، وجهلناه دون عذر ؛ لأعرّف الناس بهذا القسم على حقيقته ، ولأبين لهم أن الشريعة تتفوق على القوانين الوضعية تفوقا عظيما فى المسائل الجنائية عامة ، وأن القسم الجنائى فى الشريعة صالح كل الصلاحية للتطبيق فى عصرنا الحالى وفى المستقبل كما كان صالحا كل الصلاحية فى الماضى .

٩ — **كيف دفعت لدراسة الشريعة ؟** : وأعترف للقارىء أننى لم أبدأ دراسة الشريعة الإسلامية إلا فى سنة ١٩٤٤ م وأننى لم أكن قبل ذلك مشغوفا بقراءة كتب الفقه ، ولكنى كنت مشغوفا بقراءة كتب التاريخ وسير أبطال الإسلام . وكتب التاريخ الإسلامى لا تتعرض عادة للمسائل الفقهية ، ولكنها حين تتعرض للبطل كقاض أو حاكم أو مشرع ، تذكر بعض ما أثر عنه من قضاء أو حكم أو تشريع ، وهذه الآثار تثير فى الرجل الفنى روح المقارنة والمفاضلة وقد أدهشنى أنى لم أجد قضاء أو حكما أو تشريعا إسلاميا إلا روعيت فيه المبادىء والنظريات الجنائية الحديثة التى قيل لنا فى المدارس : إنها من ابتداع القوانين الوضعية ، وإن العالم لم يعرفها إلا فى القرن التاسع عشر على إثر الثورة الفرنسية ، فحملنى هذا التناقض الظاهر بين ما سمعت وبين ما لمست على أن أدرس القسم الجنائى فى الشريعة دراسة منظمة ، وقد خرجت من دراستى بأن العيب الوحيد فى هذا القسم هو أن الناس يجهلونه كل الجهل ، وأنه فيما عدا ذلك خير من أى قانون وضعى على وجه الأرض ، بل هو المثل الأعلى الذى يجب أن يأخذ به ويحتذيه كل مشرع وضعى فى أى بلد غير إسلامى .

١٠ — **حاجة الكتب الشرعية إلى تهذيب** : ولقد أتعبتنى دراسة القسم الجنائى حيث بدأت الدراسة وأنا لا أعرف شيئا يذكر من علم الأصول ولا المصطلحات الفقهية ، وزاد الدراسة تعبا أنى لم أتعود قراءة كتب الفقه ، وأن هذه الكتب ليست مفهرسة ، وليس من السهل على من يحب الاطلاع على مسألة معينة أن يعثر على حكمها فى الحال ، بل عليه أن يقرأ بابا وأبوابا حتى يعثر على ما يريد خصوصا إذا لم يكن له من يرشده ، وقد ييأس الباحث من العثور على ما يريد ثم يوفقه الله فيعثر عليه مصادفة فى مكان لم يكن يتوقع أن يجده فيه .

ولا يسير فقهاء المذاهب المختلفة على غرار واحد فى الترتيب والتأليف ، فما يقدمه مذهب قد يؤخره المذهب الآخر ، وما يدخل فى باب معين فى هذا المذهب

قد لا يدخله المذهب الآخر فى نفس الباب . ويضاف إلى ما سبق أن الفقهاء يكتبون بعبارة مركزة دقيقة وهم فى كثير من الأحوال يذكرون الحكم ولا يذكرون علته خصوصاً فى الكتب المختصرة والمتون .

ولاشك أن دراسة المذاهب الشرعية دراسة مقارنة مجهدة بذاتها ؛ لأنى كنت أدرس بدلا من الكتاب الواحد أربعة كتب ؛ ولكن هذه الدراسة أفادتنى فى الواقع فائدة كبرى إذ سهلت لى فهم مختلف النظريات وفهم الأسس التى بنى عليها كل فقيه نظريته ، وساعدت على إظهار الفروق الدقيقة بين المذاهب الفقهية .

وأعترف أنى عندما قرأت كتب الشريعة لأول مرة لم أفهمها حق الفهم ، فقد أخذت عن بعض المسائل فكرة تبين لى خطؤها فى القراءة الثانية ، ومن ثم فقد قرأتها مثنى وثلاث ورباع ، بل قرأتها حتى أصبحت أستزيد بقراءتها عمقا ولا أكاد أصحح خطأ . ولقد حملنى على قراءة الموضوع الواحد أكثر من مرة أنى كنت أدرس المذاهب الأربعة وأدرس عدة كتب لمؤلفين مختلفين فى كل مذهب ، وساعد على هذا أنى لم أحصل أول الأمر إلا على كتب قليلة مختصرة ، ثم صرت أحصل تباعا على غيرها مما هو أكثر توسعاً منها . على أنى مع هذا لا أعتقد أنى سلمت من الوقوع فى الخطأ ، فما أنا إلا إنسان غير معصوم بذل جهده فى تجنب الخطأ ، وإنى لأرجو ممن يعثر على خطأ أن يبصرنى به مشكوراً لأتجنبه فى المستقبل .

وحين لمست المجهود الذى يجب على رجل القانون أن يبذله ليلم بأحكام الشريعة ، ورأيت النتائج الباهرة التى وصلت إليها ، واكتشفت الأخطاء المضحكة المبكية التى وقعنا فيها ، شعرت بأن علىّ واجبا عاجل الأداء نحو الشريعة ، ونحو زملائى من رجال القانون ، ونحو كل من درسوا دراسة مدنية ، وهذا الواجب هو أن أعرض على الناس أحكام الشريعة فى المسائل الجنائية فى لغة يفهمونها وبطريقة يألفونها ، وأن أصحح لرجال القانون معلوماتهم عن الشريعة ، وأن أنشر على الناس الحقائق التى حجبها الجهل عنا زمنا طويلا .

١١ - طريقة التأليف : وسيرى القارىء أنى نظمت الكتاب وبوبته على غرار كتب القانون ، وقد تعمدت هذا لأقرب البحث من قلوب رجال القانون وعقولهم ، وحتى لا يشعروا أنه غريب عليهم أو على غير مألوفهم فيقدموا على قراءته متشوقين ، ويسهل عليهم أن يبحثوا عما يشاءون لأنهم سيجدونه فى المحل الذى ألفوا أن يجدوه فيه .

وقد شجعنى على اختيار هذه الطريقة أن الفقهاء لا يفصلون بين القسم العام والقسم الخاص كما يفعل اليوم شراح القانون ، بل هم يتكلمون عن القواعد العامة بمناسبة الكلام على الجرائم الخاصة كلما اقتضى الأمر بحث قاعدة عامة أو الكلام عليها ، فإذا ما فصلت القسم العام عن القسم الخاص وأظهرت أحكام كل على حدة ، فإنما فعلت ذلك لتسهيل البحث ونزولا على حكم التطور فى التأليف والترتيب ، وقد اقتضانى هذا أن أدرس الحدود والقصاص والتعازير ، أو بتعبير آخر كل ما كتب عن الجرائم ، لأستخرج من هذا كله القواعد العامة ، ثم نظمتها بعد جمعها على الوجه الذى سيراه القراء .

١٢ - كيف وصمت الشريعة بعدم الصلاحية : وقد تبين لى — كما سيتبين للقارىء — من دراسة الشريعة أن القائلين بأن الشريعة لا تصلح للعصر الحاضر لا يبنون رأيهم على دراسة علمية أو حجج منطقية ، لأن الدراسة العلمية والمنطق يقتضيان القول بتفوق الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية ، وبصلاحية الشريعة لهذا العصر ولما سيتلوه من عصور .

وفوق هذا فالقائلون بعدم صلاحية الشريعة للعصر الحاضر فريقان : فريق لم يدرس الشريعة ولا القانون ، وفريق درس القانون دون الشريعة . وكلا الفريقين ليس أهلا للحكم على الشريعة لأنه يجهل أحكامها جهلا مطبقاً ، ومن جهل شيئاً لا يصلح للحكم عليه .

والواقع أن هؤلاء الجاهلين بالشريعة يبنون عقيدتهم الخاطئة فى عدم

صلاحية الشريعة على قياس خاطىء وليس على دراسة منظمة ، ذلك أنهم تعلموا أن القوانين الوضعية القائمة الآن لا تمت بسبب إلى القوانين القديمة التى كانت تطبق حتى أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر الميلادى ، وعلموا أن القوانين الوضعية الحديثة قائمة على نظريات فلسفية واعتبارات اجتماعية وإنسانية لم يكن لها وجود فى القوانين القديمة ، وتحملهم المقارنة بين هذين النوعين من القوانين على الاعتقاد بعدم صلاحية القوانين القديمة للعصر الحاضر ، وهو اعتقاد كله حق ، ولكنهم ينساقون بعد ذلك إلى الخطأ حين يقيسون الشريعة الإسلامية بالقوانين الوضعية فيقولون : ما دامت القوانين التى كانت سائدة حتى أواخر القرن الثامن عشر لا تصلح لعصرنا الحاضر فكذلك الشريعة الإسلامية التى كانت سائدة فى العصور الوسطى ، والتى ظل الكثير من أحكامها معمولا به حتى أواخر القرن الثامن عشر . وفى هذا القياس الباطل خطؤهم الجسيم الذى لا يكاد يفوت الناقد البصير .

١٣ — وجه الخطأ فى قياس الشريعة بالقانون : ووجه الخطأ فى هذا القياس أنهم سووا بين القوانين الوضعية التى وضعها البشر وبين الشريعة الإسلامية التى تكفل بوضعها خالق البشر ، فهم حين يقيسون إنما يقيسون الأرض بالسماء والناس برب الناس ، فكيف يستوى فى عقل عاقل أن يقيس نفسه بربه وأرضه بسمائه ؟

وجه الخطأ فى هذا القياس أنهم سووا بين الشريعة والقانون وهما مختلفان فى طبيعتهما جد الاختلاف ، ونستطيع أن نتبين مدى هذا الخلاف إذا استعرضنا نشأة كل منهما ومميزاته الجوهرية التى تميزه عن غيره .

١٤ — لا قياس بين مختلفين : وإذا صح أن الشريعة تختلف عن القوانين اختلافات أساسية وتتميز عنها بمميزات جوهرية فقد امتنع القياس ؛ لأن القاعدة أن القياس يقتضى مساواة المقيس بالمقيس عليه ، فإذا انعدمت المساواة فلا قياس أو كان القياس باطلا .

ولما كان القائلون بعدم صلاحية الشريعة للعصر الحاضر يبنون رأيهم على قياس الشريعة بالقوانين الوضعية ، ولا مساواة بين الشريعة وهذه القوانين فيكون قياسهم باطلا ، وادعاؤهم بعدم صلاحية الشريعة للعصر الحاضر ادعاء باطلا، لأنه بني على قياس باطل ، وما قام على الباطل فهو باطل .

وسنستعرض فيما يلي نشأة القانون ونشأة الشريعة ووجوه الخلاف بينهما ومميزات كل منهما ، وسيظهر هذا الاستعراض الفرق جليا بين الشريعة والقانون لمن لا يحسن التفريق بينهما ، وسيتبين منه أن الشريعة تختلف عن القانون اختلافات أساسية ، وتتميز عنه بصفات جوهرية .

١٥ — **نشأة القانون** : ينشأ القانون الوضعي في الجماعة التي ينظمها ويحكمها ضئيلا محدود القواعد ، ثم يتطور بتطور الجماعة فتزداد قواعده ، وتتسامى نظرياته كلما ازدادت حاجات الجماعة وتنوعت ، وكلما تقدمت الجماعة في تفكيرها وعلومها وآدابها . فالقانون الوضعي كالوليد ينشأ صغيرا ضعيفا ، ثم ينمو ويقوى شيئا فشيئا حتى يبلغ أشده ، وهو يسرع في التطور والنمو والسمو كلما تطورت الجماعة التي يحكمها وأخذت بحظ من الرقي والسمو ، ويبطيء في تطوره ونموه كلما كانت الجماعة بطيئة النمو والتطور . فالجماعة إذن هي التي تخلق القانون الوضعي وتصنعه على الوجه الذي يسد حاجاتها وينظم حياتها ، وهو تابع لها وتقدمه مرتبط بتقدمها.

وعلماء القانون الوضعي حين يتحدثون عن النشأة الأولى للقانون يقولون إنه بدأ يتكون مع تكون الأسرة والقبيلة ، وإن كلمة رب الأسرة كانت قانون الأسرة ، وكلمة شيخ القبيلة كانت قانون القبيلة ، وإن القانون ظل يتطور مع الجماعة حتى تكونت الدولة ، وإن عادات كل أسرة كانت لا تتفق مع عادات غيرها من الأسر ، وتقاليد كل قبيلة لم تكن مماثلة لتقاليد غيرها من القبائل . وإن الدولة حين بدأت تتكون وحدت العادات والتقاليد وجعلت منها قانونا ملزما لجميع الأفراد والأسر والقبائل الداخلين في نطاق الدولة . ولكن

قانون كل دولة لم يكن يتفق فى الغالب مع قوانين الدول الأخرى ، وظل هذا الخلاف حتى بدأت المرحلة الأخيرة من التطور القانونى فى أعقاب القرن الثامن عشر على هدى النظريات الفلسفية والعلمية والاجتماعية ، فتطور القانون الوضعى من ذلك الوقت حتى الآن تطوراً عظيما ، وأصبح قائماً على نظريات لم يكن لها وجود فىالعهود السابقة . وأساس هذه النظريات الحديثة العدالة والمساواة والرحمة والإنسانية . وقد أدى شيوع هذه النظريات فى العالم إلى توحيد معظم القواعد القانونية فى كثير من دول العالم ، ولكن بقى لكل دولة قانونها الذى يختلف عن غيره من القوانين فى كثير من الدقائق والتفاصيل .

هذه هى خلاصة لنشأة القانون وتطوره والمراحل التى مر بها تبين بجلاء أن القانون حين نشأ كان شيئاً يختلف كل الاختلاف عن القانون الآن ، وأنه ظل يتغير ويتطور حتى وصل إلى شكله الحالى ، وأنه لم يصل إلى ما هو عليه الآن بعد تطور طويل بطىء استمر آلاف السنين .

١٦ - نشأة الشريعة : وإذا كانت هذه هى نشأة القانون ،فإن الشريعة الإسلامية لم تنشأ هذه النشأة ولم تسر فى هذا الطريق . لم تكن الشريعة قواعد قليلة ثم كثرت ، ولا مبادى متفرقة ثم تجمعت ، ولا نظريات أولية ثم تهذبت . ولم تولد الشريعة طفلة مع الجماعة الإسلامية ثم سايرت تطورها ونمت بنموها ، وإنما ولدت شابة مكتملة ونزلت من عند الله شريعة كاملة شاملة جامعة مانعة لا ترى فيها عوجا ، ولا تشهد فيها نقصا ، أنزلها الله تعالى من سمائه على قلب رسوله محمد صلى الله عليه وسلم فى فترة قصيرة لا تجاوز المدة اللازمة لنزولها ، فترة بدأت ببعثة الرسول وانتهت بوفاته أو انتهت يوم قال الله تعالى: ﴿اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الإسلام دينا﴾ [سورة المائدة : ٣]

ولم تأت الشريعة لجماعة دون جماعة ، أو لقوم دون قوم ، أو لدولة دون

دولة ، وإنما جاءت للناس كافة من عرب وعجم ، شرقيين وغربيين ، على اختلاف مشاربهم وتباين عاداتهم وتقاليدهم وتاريخهم ، فهى شريعة كل أسرة ، وشريعة كل قبيلة ، وشريعة كل جماعة ، وشريعة كل دولة ، بل هى الشريعة العالية التى استطاع علماء القانون الوضعى أن يتخيلوها ، ولكنهم لم يستطيعوا أن يوجدوها .

وقد جاءت الشريعة كاملة لا نقص فيها ، جامعة تحكم كل حالة ، مانعة لا تخرج عن حكمها حالة ، شاملة لأمور الأفراد والجماعات والدول ، فهى تنظم الأحوال الشخصية والمعاملات وكل ما يتعلق بالأفراد ، وتنظم شئون الحكم والإدارة والسياسة وغير ذلك مما يتعلق بالجماعة ، كما تنظم علاقات الدول بعضها بالبعض الآخر فى الحرب والسلم .

ولم تأت الشريعة لوقت دون وقت ، أو لعصر دون عصر ، أو لزمن دون زمن ، وإنما هى شريعة كل وقت ، وشريعة كل عصر ، وشريعة الزمن كله حتى يرث الله الأرض ومن عليها .

وقد صيغت الشريعة بحيث لا يؤثر عليها مرور الزمن ، ولا يبلى جدتها ، ولا يقتضى تغيير قواعدها العامة ونظرياتها الأساسية ، فجاءت نصوصها من العموم والمرونة بحيث تحكم كل حالة جديدة ولو لم يكن فى الإمكان توقعها ، ومن ثم كانت نصوص الشريعة غير قابلة للتغيير والتبديل كما تتغير نصوص القوانين الوضعية وتتبدل .

وأساس الفرق بين الشريعة والقانون هو أن الشريعة من عند الله جل شأنه وهو يقول ﴿ لَا تَبْدِيلَ لِكَلِمَاتِ اللَّهِ ﴾ [يونس:٦٤] وهو عالم الغيب القادر على أن يضع للناس نصوصاً تبقى صالحة على مر الزمان . أما القوانين فمن وضع البشر ، وتوضع بقدر ما يسد حاجتهم الوقتية ، وبقدر قصور البشر عن معرفة الغيب تأتى النصوص القانونية التى يضعونها قاصرة عن حكم ما لم يتوقعوه .

ولقد جاءت الشريعة من يوم نزولها بأحدث النظريات التى وصل إليها

أخيراً القانون الوضعى مع أن القانون أقدم من الشريعة ، بل جاءت الشريعة من يوم نزولها بأكثر مما وصل إليه القانون الوضعى ، وحسبنا أن نعرف أن كل ما يتمنى رجال القانون اليوم أن تحقق من المبادىء موجود فى الشريعة من يوم نزولها .

١٧ - لا مماثلة بين الشريعة والقانون : ونستطيع بعد أن استعرضنا نشأة القانون ونشأة الشريعة أن نقول بحق: إن الشريعة لا تماثل القانون ولا تساويه، ولا يصح أن تقاس به ، و إن طبيعة الشريعة تختلف تماماً عن طبيعة القانون ، ولو كانت طبيعة الشريعة من طبيعة القانون الوضعى لما جاءت على الشكل الذى جاءت به ، وعلى الوصف الذى أسلفنا ، ولوجب أن تأتى شريعة أولية ثم تأخذ طريق القانون فى التطور مع الجماعة ، وما كان يمكن أن تأتى بالنظريات الحديثة التى لم تعرفها القوانين الوضعية إلا أخيراً ، بل ما كان يمكن أن تصل إلى مثل هذه النظريات إلا بعد أن تعرفها القوانين وبعد مرور آلاف من السنين

و يستطيع القارىء من استعراض تاريخ القانون وتاريخ الشريعة أن يتبين الاختلافات المتعددة بين الشريعة والقانون والمميزات الكثيرة التى تميز الشريعة عن القانون ، وللقارىء أن يتقصى تلك الاختلافات وهذه المميزات إذا شاء ، أما أنا فأكتفى بأن أبرز الاختلافات الأساسية والمميزات الجوهرية لأن فى الكلام عليها ما يغنى عن الكلام على غيرها .

١٨ - الاختلافات الأساسية بين الشريعة والقانون : تختلف الشريعة الإسلامية عن القوانين الوضعية اختلافا أساسيا من ثلاثة وجوه :

الوجه الأول : أن القانون من صنع البشر ، أما الشريعة فمن عند الله ، وكلا الشريعة والقانون يتمثل فيه بجلاء صفات صانعه ، فالقانون من صنع البشر ويتمثل فيه نقص البشر وعجزهم وضعفهم وقلة حيلتهم ، ومن ثم كان القانون عرضة للتغيير والتبديل أو مانسميه التطور كلما تطورت الجماعة إلى درجة لم تكن متوقعة

أو وجدت حالات لم تكن منتظرة . فالقانون ناقص دائماً ولا يمكن أن يبلغ حد الكمال ما دام صانعه لا يمكن أن يوصف بالكمال ، ولا يستطيع أن يحيط بما سيكون وإن استطاع الإلمام بما كان .

أما الشريعة : فصانعها هو الله، وتتمثل فيها قدرة الخالق وكماله وعظمته وإحاطته بما كان وما هو كائن ؛ ومن ثم صاغها العليم الخبير بحيث تحيط بكل شيء في الحال والاستقبال حيث أحاط علمه بكل شيء ، وأمر جل شأنه أن لا تغير ولا تبدل حيث قال : ﴿ لا تبديل لكلمات الله ﴾ [يونس : ٦٤] لأنها ليست في حاجة للتغيير والتبديل مهما تغيرت الأوطان والأزمان وتطور الإنسان .

وقد يصعب على بعض الناس أن يؤمنوا بهذا القول لأنهم لا يؤمنون قبل كل شيء بأن الشريعة من عند الله ، ولست أهتم من أمر هؤلاء إلا بأن يؤمنوا بأن الشريعة تتوفر فيها الصفات التي ذكرتها ، وعلى أن أقيم لهم الدليل على توافرها وعليهم هم بعد ذلك أن يبحثوا إن شاءوا عن سبب توفر هذه الصفات في الشريعة دون غيرها ، وأن يبحثوا عن صانعها ، ولينتظروا مني أن أقدم لهم الدليل عند الكلام على مميزات الشريعة ، وإن كان في كل فصل من فصول هذا الكتاب الدليل على ما أقول .

أما الذين يؤمنون بأن الشريعة من عند الله فليس يصعب عليهم أن يؤمنوا بتوفر الصفات التي ذكرناها في الشريعة ولو لم يقدم لهم الدليل المادي على ذلك ، لأن منطقهم يقضي عليهم أن يؤمنوا بتوفر هذه الصفات ، فمن كان يؤمن بأن الله خلق السموات والأرض ، وسير الشمس والقمر والنجوم ، وسخر الجبال والرياح والماء ، وأنبت النبات ، وصور الأجنة في بطون أمهاتها ، وجعل لكل مخلوق خلقه من حيوان ونبات وجماد نظاماً دائماً لا يخرج عليه ، ولا يحتاج لتغيير ولا تبديل ولا تطور . من كان يؤمن بأن الله وضع قوانين ثابتة تحكم طبائع الأشياء وحركاتها واتصالاتها ، وأن هذه القوانين الطبيعية بلغت من الروعة والكمال

ما لا يستطيع أن يتصوره الإنسان . من كان يؤمن بهذا كله و بأن الله أتقن كل شيء خلقه ، فأولى به أن يؤمن بأن الله وضع الشريعة الإسلامية قانونا ثابتا كاملا لتنظيم الأفراد والجماعات والدولة ، ولتحكم معاملاتهم ، وأن الشريعة بلغت من الروعة والكمال حدًّا يعجز عن تصوره الإنسان .

ومن كان يؤمن بهذا كله ولكنه يريد أن يرى الدليل عليه ليطمئن قلبه فلينتظر مع الفريق الأول حتى يرى الدليل فى موضعه ، بل لعله يرى فى كل مكان من هذا الكتاب ما يطمئن قلبه ونفسه إن شاء الله .

الوجه الثانى : أن القانون عبارة عن قواعد مؤقتة تضعها الجماعة لتنظيم شئونها وسد حاجاتها . فهى قواعد متأخرة عن الجماعة ، أو هى فى مستوى الجماعة اليوم ، ومتخلفة عن الجماعة غدا ، لأن القوانين لا تتغير بسرعة تطور الجماعة ، وهى قواعد مؤقتة تتفق مع حال الجماعة المؤقتة ، وتستوجب التغيير كلما تغيرت حال الجماعة .

أما الشريعة فقواعد وضعها الله تعالى على سبيل الدوام لتنظيم شئون الجماعة، فالشريعة تتفق مع القانون فى أن كليهما وضع لتنظيم الجماعة . ولكن الشريعة تختلف عن القانون فى أن قواعدها دائمة ولا تقبل التغيير والتبديل . وهذه الميزة التى تتميز بها الشريعة تقتضى من الوجهة المنطقية :

أولا — أن تكون قواعد الشريعة ونصوصها من المرونة والعموم بحيث تتسع لحاجات الجماعة مهما طالت الأزمان، وتطورت الجماعة ، وتعددت الحاجات وتنوعت .

ثانيا — أن تكون قواعد الشريعة ونصوصها من السمو والارتفاع بحيث لا يمكن أن تتأخر فى وقت أو عصر ما عن مستوى الجماعة .

والواقع أن ما يقتضيه المنطق متوفر بوجهيه فى الشريعة . بل هو أهم ما يميز الشريعة الإسلامية عن غيرها من الشرائع السماوية والوضعية . فقواعد الشريعة الإسلامية ونصوصها جاءت عامة ومرونة إلى آخر حدود العموم والمرونة ، كما أنها وصلت من السمو درجة لا يتصور بعدها سمو .

ولقد مر على الشريعة الإسلامية أكثر من ثلاثة عشر قرناً تغيرت فى خلالها الأوضاع أكثر من مرة ، وتطورت الأفكار والآراء تطوراً كبيراً ، واستحدث من العلوم والمخترعات مالم يكن يخطر على خيال إنسان ، وتغيرت قواعد القانون الوضعى ونصوصه أكثر من مرة لتتلاءم مع الحالات الجديدة والظروف الجديدة، بحيث انقطعت العلاقة بين القواعد القانونية الوضعية التى نطبقها اليوم وبين القواعد القانونية الوضعية التى كانت تطبق يوم نزلت الشريعة ، وبالرغم من هذا كله ، ومع أن الشريعة الإسلامية لا تقبل التغيير والتبديل ظلت قواعد الشريعة ونصوصها أسمى من مستوى الجماعات ، وأكفل بتنظيم وسد حاجاتهم ، وأقرب إلى طبائعهم ، وأحفظ لأمنهم وطمأنينتهم .

هذه هى شهادة التاريخ الرائعة يقف بها فى جانب الشريعة الإسلامية ، وليس ثمة ما هو أروع منها إلا شهادة النصوص ومنطق النصوص ، وخذ مثلا قول الله تعالى ﴿وأمرهم شورى بينهم﴾ [سورة الشورى : ٣٨] أو اقرأ قول الرسول: « لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام » فهذان نصان من القرآن والسنة بلغا من العموم والمرونة واليسر مالا يمكن أن يتصور بعده عموم أو مرونة أو يسر ، وهما يقرران الشورى قاعدة للحكم على الوجه الذى لا يضر بالنظام العام ولا بمصلحة الأفراد أو الجماعة ، وبتقرير مبدأ الشورى على هذا الوجه بلغت الشريعة من السمو حده الأقصى الذى لا يتصور أن يصل إليه البشر فى يوم من الأيام ، إذ عليهم أن يجعلوا أمرهم شورى بينهم بحيث لا يحدث ضرر ولا ضرار ، وهيهات أن يتحقق ذلك بين الناس .

ولو تتبعنا نصوص الشريعة لوجدناها على غرار النصين السابقين من العموم والمرونة والسمو ، ومن السهل علينا أن نتبين هذه المميزات لأول وهلة فى أى نص نستعرضه ، فنصوص الشريعة كلها تصلح أمثلة على ما نقول ؛ ويكفى أن نسوق للقارىء مثلا آخر قوله تعالى : ﴿أدع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة

وجادلهم بالتى هى أحسن ﴾ [سورة النحل : ١٢٥] فهذا النص تدل صياغته على أنه بلغ حد العموم والمرونة ، أما المبدأ الذى جاء به النص فلم يعرف بعدُ أن هناك ما هو خير منه ، ولا يمكن أن يتصور العقل البشرى أن هناك طريقاً لأصحاب الدعوات يسلكونها فى نشر دعواتهم خيراً من طريق الدعوة بالحكمة والموعظة الحسنة والجدال بالتى هى أحسن .

ويستطيع القارىء أن يقرأ قوله تعالى: ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾ [فاطر:١٨] وقوله : ﴿ لا يكلف الله نفساً إلا وسعها ﴾ [البقرة : ٢٨٦] وقوله : ﴿ إنَّ الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذى القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى ﴾ [النحل : ٩٠] وقوله: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل﴾ [سورة النساء : ٥٨] وقوله ﴿ولا يجرمنَّكم شنآن قوم على ألاّ تعدلوا ، اعدلوا هو أقرب للتقوى ﴾ [الأنعام : ٨] وقوله : ﴿ يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين ﴾ [النساء : ١٣٥] يستطيع القارىء أن يستعرض هذه النصوص وغيرها ليرى كيف بلغت من العموم والمرونة كل مبلغ ، وليرى أن المبادىء التى جاءت بها هذه النصوص قد بلغت من السمو ما ليس بعده زيادة لمستزيد ، أو خيالٌ لمتخيل .

الوجه الثالث : — أن الجماعة هى التى تصنع القانون وتلونه بعاداتها وتقاليدها وتاريخها — والأصل فى القانون أنه يوضع لتنظيم شئون الجماعة ، ولا يوضع لتوجيه الجماعة ، ومن ثم كان القانون متأخراً عن الجماعة وتابعاً لتطورها ، وكان القانون من صنع الجماعة ، ولم تكن الجماعة من صنع القانون .

وإذا كان هذا هو الأصل فى القانون من يوم وجوده ، فإن هذا الأصل قد تعدل فى القرن الحالى ، وعلى وجه التحديد بعد الحرب العظمى الأولى ، حيث بدأت الدول التى تدعو لدعوات جديدة أو أنظمة جديدة تستخدم القانون لتوجيه الشعوب وجهات معينة ، كما تستخدمه لتنفيذ أغراض معينة ، وقد كان أسبق الدول

إلى الأخذ بهذه الطريقة روسيا الشيوعية ، وتركيا الكمالية ، ثم تلتهما إيطاليا الفاشيستية وألمانيا النازية ، ثم اقتبست بقية الدول هذه الطريقة ، فأصبح الغرض اليوم من القانون تنظيم الجماعة وتوجيهها الوجهات التي يرى أولياء الأمور أنها في صالح الجماعة .

أما الشريعة الإسلامية فقد علمنا أنها ليست من صنع الجماعة ، وأنها لم تكن نتيجة لتطور الجماعة وتفاعلها كما هو الحال في القانون الوضعي ، وإنما هي من صنع الله الذي أتقن كل شيء خلقه .

وإذا لم تكن الشريعة من صنع الجماعة ، فإن الجماعة نفسها من صنع الشريعة . إذاً الأصل في الشريعة أنها لم توضع لتنظيم شئون الجماعة فقط كما كان الغرض من القانون الوضعي ، وإنما المقصود من الشريعة قبل كل شيء هو خلق الأفراد الصالحين والجماعة الصالحة ، وإيجاد الدولة المثالية ، والعالم المثالي ، ومن أجل هذا جاءت نصوصها أرفع من مستوى العالم كله وقت نزولها ، ولا تزال كذلك حتى اليوم ، وجاء فيها من المبادىء والنظريات مالم يتهيأ العالم غير الإسلامي لمعرفته والوصول إليه إلا بعد قرون طويلة ، وما لم يتهيأ هذا العالم لمعرفته أو يصل إليه حتى الآن . ومن أجل هذا تولى الله جل شأنه وضع الشريعة ، وأنزلها على رسوله نموذجاً من الكمال ليوجه الناس إلى الطاعات والفضائل ، ويحملهم على التسامي والتكامل حتى يصلوا أو يقتربوا من مستوى الشريعة الكامل وقد حققت الشريعة ما أراده لها العليم الخبير ، فأدت رسالتها أحسن الأداء ، وجعلت من رعاة الإبل سادة للعالم ، ومن جهال البادية معلمين وهداة للإنسانية .

ولقد أدت الشريعة وظيفتها طالما كان المسلمون متمسكين بها عاملين بأحكامها ، تمسك بها المسلمون الأوائل وعملوا بها وهم قلة مستضعفة يخافون أن يتخطفهم الناس ، فإذا هم في عشرين سنة سادة العالم وقادة البشر ، لا صوت إلا صوتهم ، ولا كلمة تعلو كلمتهم ، وما أوصلهم لهذا الذي يشبه المعجزات

إلا الشريعة الإسلامية التى علمتهم وأدبتهم ، ورققت نفوسهم ، وهذبت مشاعرهم وأشعرتهم العزة والكرامة ، وأخذتهم بالمساواة التامة ، والعدالة المطلقة ، وأوجبت عليهم أن يتعاونوا على البر والتقوى ، وحرمت عليهم الإثم والعدوان وحررت عقولهم ونفوسهم من نير الجهالات والشهوات ، وجعلتهم يعتقدون أنهم خير أمة أخرجت للناس يأمرون بالمعروف ، وينهون عن المنكر ، ويؤمنون بالله .

كان ذلك حال المسلمين طالما تمسكوا بشريعتهم ، فلما تركوها وأهملوا أحكامها تركهم الرقى وأخطأهم التقدم ، ورجعوا القهقرى إلى الظلمات التى كانوا يعمهون فيها من قبل فعادوا مستضعفين مستعبدين ، لا يستطيعون دفع معتد ولا الامتناع من ظالم .

وقد خيل للمسلمين وهم فى غمرتهم هذه أن تَقَدُّم الأوروبيين راجع لقوانينهم وأنظمتهم ، فذهبوا ينقلونها وينسجون على منوالها ، فلم تزدهم إلا ضلالا على ضلالهم ، وخبالاً على خبالهم ، وضعفاً على ضعفهم ، بل جعلتهم أحزاباً وشيعاً ، كل حزب بما لديهم فرحون ، بأسهم بينهم شديد تحسبهم جميعاً وقلوبهم شتى .

ولو أراد الله بالمسلمين خيراً لعلموا أن الشريعة الإسلامية وقد جاءت كاملة لا يشوبها نقص حاملة فى طياتها وسائل التقدم والتطور المستمر للمجتمع ، هى أصلح الشرائع لعصور التقدم وعصور التأخر على السواء ، لأنها فى كل الأحوال ترمى إلى تكوين الجماعة الصالحة وتوجيهها دائماً للتقدم المستمر والتطور الصالح ، ولا تقنع من ذلك بما هو دون الكمال التام .

وإن فى تاريخ المسلمين لآية ، وإنه لعبرة لمن كان له قلب ، وإن فيه الدليل الحاسم على أن الشريعة الإسلامية هى التى خلقت المسلمين من العدم ، وجعلتهم أمة فوق الأمم ، ودفعتهم إلى الأمام ، وسلطتهم على دول العالم ، وإن فيه الدليل الحاسم على أن حياة المسلمين وتقدمهم ورقيهم متوقف على تطبيق الشريعة

الإسلامية . فالمسلمون من صنع الشريعة ؛ كيانهم تابع لكيانها ، ووجودهم مرتبط بوجودها ، وسلطانهم تابع لسلطانها .

وأحب قبل الانتقال إلى موضوع آخر أن أنبه القارىء إلى أن القانون الوضعى حين تحول أخيراً عن أصله الأول فصار يوضع لتوجيه الجماعة إنما أخذ فى ذلك بنظرية الشريعة الإسلامية التى تجعل الأصل فى التشريع أن يصنع الجماعة ويوجهها ثم ينظمها ، وهكذا انتهى القانون الوضعى إلى ما بدأت به الشريعة وسبقت إليه من ثلاثة عشر قرناً ، فإذا ما قال علماء القانون الوضعى : إنهم وصلوا لنظرية جديدة قلنا لهم : كلا ولكنكم تسلكون طريق الشريعة وتسيرون فى أثرها .

١٩ — **المميزات الجوهرية التى تميز الشريعة عن القانون** : — ونستطيع بعد أن عرضنا الخلافات الأساسية بين الشريعة والقوانين الوضعية أن نتبين أهم المميزات التى تميز الشريعة عن القوانين لأن كل ماتخالف الشريعة فيه القوانين يعتبر فى الوقت نفسه مما يميز الشريعة عن القوانين. وعلى هذا يمكننا أن نستخلص مما ذكر من الاختلافات : أن الشريعة الإسلامية تمتاز على القوانين الوضعية بثلاث ميزات جوهرية : —

الميزة الأولى ـ الكمال : تمتاز الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية بالكمال ؛ أى بأنها استكملت كل ما تحتاجه الشريعة الكاملة من قواعد ومبادىء ونظريات ، وأنها غنية بالمبادىء والنظريات التى تكفل سد حاجات الجماعة فى الحاضر القريب والمستقبل البعيد .

الميزة الثانية ـ السمو : تمتاز الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية ، بالسمو ؛ أى بأن قواعدها ومبادئها أسمى دائماً من مستوى الجماعة ؛ وأن فيها من المبادىء والنظريات مايحفظ لها هذا المستوى السامى مهما ارتفع مستوى الجماعة .

الميزة الثالثة ـ الدوام : تمتاز الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية

بالدوام ؛ أى بالثبات والاستقرار ،فنصوصها لا تقبل التعديل والتبديل مهما مرت الأعوام وطالت الأزمان وهى مع ذلك تظل حافظة لصلاحيتها فى كل زمان ومكان .

هذه هى المميزات الجوهرية للشريعة الإسلامية ، وهى على تعددها وتباينها ترجع إلى أصل واحد نشأت عنه جميعا بحيث يعتبر كل منها أثراً من آثاره وهذا الأصل هو أن الشريعة الإسلامية من عند الله ومن صنعه ، ولولا أن الشريعة من عند الله لما توفرت فيها صفات الكمال والسمو والدوام تلك الصفات التى تتوفر دائما فيما يصنعه الخالق ولا يتوفر شىء منها فيما يصنعه المخلوق .

٢٠ - **الأدلة التى توفر هذه المميزات فى الشريعة** : وإذا كنا قد ذكرنا أن الشريعة تتميز بالكمال والسمو والدوام فقد بقى علينا أن نقدم الدليل على توفر هذه المميزات ، وسيتبين للقارىء فيما يأتى أن هذه المميزات متوفرة فى كل مبدأ ، وفى كل نظرية ، وفى كل قاعدة قانونية جاءت بها الشريعة الإسلامية وسنعرض على القارىء الآن طائفة من النظريات والمبادىء الشرعية التى لم تعرفها القوانين الوضعية إلا أخيرا ، أو لم تعرفها بعدُ ، تتوفر فيها جميعا كل هذه المميزات ، وسيرى القارىء أن هذه المميزات كلها تتوفر فى كل المبادىء والنظريات التى سنتعرض لدراستها فى هذا الكتاب ، فالدليل إذن على توفر هذه المميزات هو الواقع الذى لا يكذب وليس بعد منطق الواقع حاجة لدليل أو استدلال .

٢١ - **نظرية المساواة** : جاءت الشريعة الإسلامية من وقت نزولها بنصوص صريحة تقرر نظرية المساواة وتفرضها فرضا ، فالقرآن يقرر المساواة ويفرضها على الناس جميعاً فى قوله تعالى : ﴿ يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم ﴾

[الحجرات : ١٣] والرسول صلى الله عليه وسلم يكرر هذا المعنى فى قوله: « الناس سواسية كأسنان المشط الواحد لا فضل لعربى على عجمى إلا بالتقوى » ثم يؤكد هذا المعنى تأكيدا فى قوله: « إن الله قد أذهب بالإسلام نخوة الجاهلية وتفاخرهم بآبائهم لأن الناس من آدم وآدم من تراب وأكرمهم عند الله أتقاهم » .

ويلاحظ على هذه النصوص أنها فرضت المساواة بصفة مطلقة ، فلا قيود ولا استثناءات ، وأنها المساواة على الناس كافة أى على العالم كله ، فلا فضل لفرد على فرد ، ولا لجماعة على جماعة ، ولا لجنس على جنس ، ولا للون على لون ، ولا لسيد على مسود ، ولا لحاكم على محكوم .

وهذا هو نص القرآن يذكر الناس أنهم خلقوا من أصل واحد من ذكر وأنثى ولا تفاضل إذا استوت الأصول وإنما مساواة ، وهذا هو قول الرسول يذكر الناس أنهم جميعاً ينتمون لرجل واحد خلق من تراب فهم متساوون ويشبههم فى تساويهم بأسنان المشط الواحد ، ولم يعرف أن سنًّا من مشط فضلت سنة الأخرى .

وقد نزلت نظرية المساواة على الرسول وهو يعيش فى قوم أساس حياتهم وقوامها التفاضل فهم يتفاضلون بالمال والجاه ، والشرف واللون ، ويتفاخرون بالآباء والأمهات ، والقبائل والأجناس ، فلم تكن الحياة الاجتماعية وحاجة الجماعة هى الدافعة لتقرير نظرية المساواة ، وإنما كان الدافع لتقريرها من وجه هو رفع مستوى الجماعة ودفعهم نحو الرقى والتقدم ، كما كان الدافع لتقريرها من وجه آخر ضرورة تكميل الشريعة بما تقتضيه الشريعة الكاملة الدائمة من مبادىء ونظريات .

ولا جدال فى أن عبارة النصوص جاءت عامة مرنة إلى آخر درجات العموم والمرونة ، فلا يمكن مهما تغيرت ظروف الزمان والمكان والأشخاص أن تضيق عبارة النصوص بما يستجد من الظروف والتطورات ، والعلة فى وضع

نصوص الشريعة على هذا الشكل أن الشريعة لا تقبل التعديل والتبديل فوجب أن تـكون نصوصها بحيث لا تحتاج إلى تعديل أو تبديل .

وإذا كانت نظرية المساوة قد عرفت فى الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشر قرنا فإن القوانين الوضعية لم تعرفها إلا فى أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر . وإذن فقد سبقت الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية فى تقرير المساواة بأحد عشر قرنا ، ولم تأت القوانين الوضعية بجديد حين قررت المساواة ، وإنما سارت فى أثر الشريعة واهتدت بهداها ، وسيرى القارئ فيما بعد أن القوانين الوضعية تطبق نظرية المساواة تطبيقا محدودا بالنسبة للشريعة الإسلامية التى توسعت فى تطبيق النظرية إلى أقصى حد[1] .

٢٢ — نظرية مساواة المرأة بالرجل : هذه النظرية ليست إلا فرعا من النظرية العامة للمساواة أو تطبيقا لها ، وقد فضلنا أن نجعل لها مكانا خاصا لأهميتها ولأنها دليل ظاهر على عدالة الشريعة وسموها وحكمتها فى تقرير الحقوق وتوزيع الواجبات ، وأن الشارع لا يطبق المبادىء العامة تطبيقا آليا ، وإنما يطبقها ليحقق بها نفعاً أو يدفع بها ضرراً .

والقاعدة العامة فى الشريعة الإسلامية : أن المرأة تساوى الرجل فى الحقوق والواجبات ، فلها مثل ما له وعليها مثل ما عليه ، وهى تلتزم للرجل بما يقابل التزاماته لها ، فـكل حق لها على الرجل يقابله واجب عليها للرجل ، وكل حق للرجل عليها يقابله واجب على الرجل لها ، وذلك قوله تعالى: ﴿ ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف ﴾ [البقرة : ٢٢٨] .

ولـكن الشريعة مع تقريرها المساواة بين الرجل والمرأة كقاعدة عامة

(١) يراجع الفصل المخصص لسريان القانون على الأشخاص فقد تـكلمنا فيه على نظرية المساواة بتوسع بينما قصرنا الـكلام هنا على قدر ما يقتضيه المقام من بيان مميزات الشريعة فيما جاءت به من مبادىء ونظريات .

ميزت الرجل على المرأة بميزة واحدة ، فجعلت له على المرأة درجة فى قوله تعالى : ﴿ وللرجال عليهن درجة ﴾ [البقرة : ٢٢٨] وقد بين القرآن حدود هذه الميزة أو الدرجة التى اختص بها الرجل فى قوله تعالى : ﴿ الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض و بما أنفقوا من أموالهم ﴾ [النساء : ٣٤] فبين ذلك أن الدرجة هى درجة الرئاسة والقوامة على شئونهما المشتركة .

ولا شك أن الرجل وهو المكلف طبقاً للشريعة بالإنفاق على المرأة وتربية الأولاد والمسئول الأول عن الأسرة أحق بالرئاسة والقوامة على شئون الأسرة المشتركة ، لأن مسئوليته عن هذه الشئون تقتضى أن يكون صاحب الكلمة العليا فيها .

فالسلطة التى أعطيت للرجل إنما أعطيت له مقابل المسئولية التى حملها ليتمكن من القيام بمسئولياته على خير وجه ، وهذا تطبيق دقيق لقاعدة شرعية عامة هى القاعدة التى تقول : « السلطة بالمسئولية » تلك القاعدة التى جاءت بها الشريعة لتحكم علاقة أصحاب السلطان بغيرهم ، ولتبين مدى سلطتهم ومسئوليتهم والتى قررها الرسول عليه السلام فى قوله: « كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته ، فالإمام راع وهومسئول عن رعيته،والرجل راع فى أهله وهو مسئول عن رعيته ، والمرأة راعية فى بيت زوجها وهى مسئولة عن رعيتها » .

وإذا كان للرجال درجة على النساء فى شئونهما المشتركة فإن الرجل لا يتميز على المرأة فى شئونهما الخاصة ، وليس له عليها أى سلطان فهى تستطيع مثلا أن تتملك الحقوق وتتصرف فيها دون أن يكون للرجل ولو كان زوجا أو أبا أن يشرف عليها أو يتدخل فى أعمالها .

وقد سوت الشريعة الاسلامية بين الرجل والمرأة على الوجه السابق من يوم نزولها أى من ثلاثة عشر قرنا تقريبا فى وقت لم يكن فيه العالم مهيئا للتسوية بين الرجل والمرأة فى الحقوق والواجبات ، فلم تكن حاجة الجماعة هى التى دفعت

الشريعة لتقرير المساواة وإنما اقتضت ذلك ضرورة تكميل الشريعة بالمبادىء التى يجب أن تكون فى شريعة كاملة دائمة .

ونستطيع أن ندرك مدى السمو الذى وصلت إليه الشريعة بتقريرها مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة إذا علمنا أن القوانين الوضعية لم تسمح بالتسوية بينهما إلا فى القرن التاسع عشر ، وأن بعضها يمنع النساء إلى اليوم من التصرف فى شئونهن الخاصة إلا بإذن أزواجهن .

ويمكننا أن نلاحظ بسهولة مدى عموم النصوص ومرونتها ، وأنها لا تضيق بحالة ما ، ولا تعجز عن الاحاطة بكل ما يتصور من المسائل ، فإذا أضيف هذا إلى ما فى النصوص من كمال وسمو كان من الحق أن نقول إن نصوص الشريعة لا تقبل التعديل والتبديل لأنها ليست فى حاجة إلى تعديل أو تبديل .

٢٣ — نظرية الحرية : من المبادىء الأساسية التى جاءت بها الشريعة الاسلامية مبدأ الحرية ، فقد أعلنت الشريعة الحرية وقررتها فى أروع مظاهرها فقررت حرية التفكير ، وحرية الاعتقاد ، وحرية القول ، وسنتكلم عن هذه الحريات واحدة بعد أخرى فيما يأتى : —

٢٤ — حرية التفكير : جاء الشريعة الاسلامية معلنة حرية التفكير محررة للعقل من الأوهام والخرافات والتقاليد والعادات ، داعية إلى نبذ كل مالا يقبله العقل . فهى تحث على التفكير فى كل شىء وعرضه على العقل فإن آمن به العقل كان محل إيمان ، وإن كفر به كان محل كفران . فلا تسمح الشريعة للإنسان أن يؤمن بشىء إلا بعد أن يفكر فيه ويعقله ، ولا تبيح له أن يقول مقالا أو يفعل فعلا إلا بعد أن يفكر فيما يقول ويفعل ويعقله .

ولقد قامت الدعوة الاسلامية نفسها على أساس العقل فها هو القرآن يعتمد فى إثبات وجود الله ، ويعتمد فى إقناع الناس بالاسلام ، ويعتمد فى حملهم على الايمان بالله ورسوله وكتابه، يعتمد القرآن فى ذلك كله اعتماداً أساسياً على استثارة

تفكير الناس وإيقاظ عقولهم ويدعوهم بشتى الوسائل إلى التفكير فى خلق السموات والأرض وفى خلق أنفسهم وفى غير ذلك من المخلوقات ، ويدعوهم إلى التفكير فيما تقع عليه أبصارهم وما تسمعه آذانهم ليصلوا من وراء ذلك كله إلى معرفة الخالق ، وليستطيعوا التمييز بين الحق والباطل .

ونصوص القرآن التى تحض على استخدام العقل وتحرير الفكر لا تعد كثرة منها قوله تعالى : ﴿ إن فى خلق السموات والأرض واختلاف الليل والنهار والفلك التى تجرى فى البحر بما ينفع الناس ، وما أنزل الله من السماء من ماء فأحيا به الأرض بعد موتها و بث فيها من كل دابة وتصريف الرياح والسحاب المسخر بين السماء والأرض لآيات لقوم يعقلون ﴾ [البقرة : ١٦٤] وقوله: ﴿ قل إنما أعظكم بواحدة أن تقوموا لله مثنى وفرادى ثم تتفكروا ﴾ [سبأ : ٤٦] وقوله : ﴿ أو لم يتفكروا فى أنفسهم ما خلق الله السموات والأرض وما بينهما إلا بالحق وأجل مسمى ﴾ [الروم ٨] وقوله : ﴿ قل انظروا ماذا فى السموات والأرض ﴾ [يونس ١٠١] وقوله ﴿ فلينظر الانسان مم خلق ، خلق من ماء دافق يخرج من بين الصلب والترائب ﴾ [الطارق : ٦] وقوله . ﴿ أفلا ينظرون إلى الابل كيف خلقت : وإلى السماء كيف رفعت ، وإلى الجبال كيف نصبت ، وإلى الأرض كيف سطحت ﴾ [الغاشية : ١٧] وقوله ﴿ إن فى ذلك لذكرى لمن كان له قلب أو ألقى السمع وهو شهيد ﴾ [سورة ق : ٣٧] وقوله: ﴿ وما يذّكّر إلا أولوا الألباب ﴾ [آل عمران:٧]

ويعيب القرآن على الناس أن يلغوا عقولهم ، و يعطلوا تفكيرهم ، و يقلدوا غيرهم ،ويؤمنوا بالخرافات والأوهام ، و يتمسكوا بالعادات والتقاليد دون تفكير فيما يتركون وما يدعون ، وينعى عليهم ذلك كله ، ويصف من كانوا على هذه الشاكلة بأنهم كالأنعام بل أضل سبيلا من الأنعام لأنهم يتبعون غيرهم دون تفكير ولا يحكمون عقولهم فيما يعملون أو يقولون أو يسمعون ، ولأن العقل هو الميزة الوحيدة التى ميز الله بها الإنسان على غيره من المخلوقات فإذا ألغى

عقله أو عطل فكره تساوى بالأنعام بل كان أضل منها .

ونصوص القرآن صريحة فى تقرير هذه المعانى ، واقرأ إن شئت قوله تعالى : ﴿ وإذا قيل لهم اتبعوا ما أنزل الله قالوا : بل نتبع ما ألفينا عليه آباءنا أو لو كان آباؤهم لايعقلون شيئاً ولا يهتدون * ومثل الذين كفروا كمثل الذى ينعق بما لا يسمع إلاّ دعاء ونداء صم بكم عمى فهم لايعقلون﴾ [البقرة : ١٧٠، ١٧١] وقوله: ﴿ أفلم يسيروا فى الأرض فتكون لهم قلوب يعقلون بها أو آذان يسمعون بها فإنها لا تعمى الأبصار ولكن تعمى القلوب التى فى الصدور ﴾ [الحج : ٤٦] وقوله: ﴿ ولقد ذرأنا لجهنم كثيرا من الجن والإنس لهم قلوب لا يفقهون بها ولهم أعين لا يبصرون بها ولهم آذان لا يسمعون بها أولئك كالأنعام بل هم أضل أولئك هم الغافلون ﴾ [الأعراف : ١٧٩] .

وللإنسان أن يفكر فيما شاء كما يشاء وهو آمن من التعرض للعقاب على هذا التفكير ولو فكر فى إتيان أعمال تحرمها الشريعة ، والعلة فى ذلك أن الشريعة لا تعاقب الإنسان على أحاديث نفسه ولا تؤاخذه على مايفكر فيه من قول أو فعل محرم وإنما تؤاخذه على ما أتاه من قول أو فعل محرم، وذلك معنى قول الرسول صلى الله عليه وسلم: « إن الله تجاوز لأمتى عما وسوست أو حدثت به أنفسها مالم تعمل به أو تكلم » .

٢٥ — حرية الاعتقاد: والشريعة الإسلامية هى أول شريعة أباحت حرية الاعتقاد وعملت على صيانة هذه الحرية وحمايتها إلى آخر الحدود ، فلكل إنسان طبقا للشريعة الإسلامية أن يعتنق من العقائد ما شاء وليس لأحد أن يحمله على ترك عقيدته أو اعتناق غيرها أو يمنعه من إظهار عقيدته .

وكانت الشريعة الإسلامية عملية حين قررت حرية العقيدة فلم تكتف بإعلان هذه الحرية وإنما اتخذت لحمايتها طريقين : —

أولاهما : إلزام الناس أن يحترموا حق الغير فى اعتقاد ما يشاء وفى تركه يعمل طبقاً لعقيدته ، فليس لأحد أن يكره آخر على اعتناق عقيدة ما أو ترك أخرى

ومن كان يعارض آخر فى اعتقاده فعليه أن يقنعه بالحسنى ، و يبين له وجه الخطأ فيما يعتقد ، فإن قبل أن يغير عقيدته عن اقتناع فليس عليهما حرج ، وإن لم يقبل فلا يجوز إكراهه ولا الضغط عليه ، ولا التأثير عليه بما يحمله على تغيير عقيدته وهو غير راض ويكفى صاحب العقيدة المضادة أنه أدى واجبه فبين الخطأ ، وأرشد إلى الحق ، ولم يقصر فى إرشاد خصمه وهدايته إلى الصراط المستقيم . واقرأ إن شئت هذه المعانى صريحة واضحة فى قول الله تعالى لرسوله : ﴿ لا إكراه فى الدين ﴾ [البقرة : ٢٥٦] وقوله : ﴿ ولو شاء ربك لآمن من فى الأرض كلهم جميعا أفأنت تكره الناس حتى يكونوا مؤمنين ﴾ [يونس : ٩٩] وقوله : ﴿ فذكر إنما أنت مذكر لست عليهم بمسيطر ﴾ [الغاشية : ٨] وقوله: ﴿وما على الرسول إلا البلاغ المبين﴾ [سورة النور : ٥٤] .

ثانيهما : - إلزام صاحب العقيدة نفسه أن يعمل على حماية عقيدته ، وأن لا يقف موقفا سلبيا ، فإذا عجز عن حماية نفسه تحتم عليه أن يهاجر من هذه البلدة التى لا تحترم فيها عقيدته إلى بلد آخر يحترم أهله العقيدة ، و يمكن فيه من إعلان ما يعتقد ، فإن لم يهاجر وهو قادر على الهجرة فقد ظلم نفسه قبل أن يظلمه غيره ، وارتكب إثماً عظيما ، وحقت عليه كلمة العذاب ، أما إذا كان عاجزا عن الهجرة فلا يكلف الله نفسا إلا وسعها . وهذا هو القرآن ينص صراحة على ذلك فى قوله تعالى : ﴿ إن الذين توفّاهم الملائكة ظالمى أنفسهم قالوا : فيم كنتم قالوا : كنا مستضعفين فى الأرض ، قالوا ألم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها فأولئك مأواهم جهنم وساءت مصيرا * إلا المستضعفين من الرجال والنساء والولدان لا يستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلا * فأولئك عسى الله أن يعفو عنهم وكان الله عفوا غفورا ﴾ [النساء : ٩٧ ، ٩٨ ، ٩٩] .

وقد بلغت الشريعة الإسلامية غاية السمو حينما قررت حرية العقيدة للناس عامة مسلمين وغير مسلمين ، وحينما تكفلت بحماية هذه الحرية لغير المسلمين فى بلاد الإسلام ، ففى أى بلد إسلامى يستطيع غير المسلم أن يعلن عن دينه

ومذهبه وعقيدته ، وأن يباشر طقوسه الدينية ، وأن يقيم المعابد والمدارس لإقامة دينه ودراسته دون حرج عليه ، فلليهود فى البلاد الإسلامية عقائدهم ومعابدهم وهم يتعبدون علنا و بطريقة رسمية ، ولهم مدارسهم التى يعلمون فيها الدين الموسوى ، ولهم أن يكتبوا ما يشاءون عن عقيدتهم وأن يقارنوا بينها و بين غيرها من العقائد ويفضلوها عليها فى حدود النظام العام والآداب والأخلاق الفاضلة — وكذلك حال المسيحيين مع اختلاف مذاهبهم وتعددها ، فلكل أصحاب مذهب كنائسهم ومدارسهم ، وهم يباشرون عباداتهم علنا ، ويعلمون عقائدهم فى مدارسهم و يكتبون عنها و ينشرون ما يكتبون فى البلاد الإسلامية .

٢٦ – حرية القول : أباحت الشريعة حرية القول وجعلتها حقا لكل إنسان ، بل جعلت القول واجبا على الإنسان فى كل ما يمس الأخلاق والمصالح العامة والنظام العام وفى كل ما تعتبره الشريعة منكراً ؛ وذلك قوله تعالى : ﴿ ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير و يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ﴾ [آل عمران : ١٠٤] . وقوله: ﴿ الذين إن مكناهم فى الأرض أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ، ونهوا عن المنكر ﴾ [الحج : ٤١] وذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان » وقوله :« أفضل الجهاد كلمة حق عند سلطان جائر » وقوله : «الدين النصيحة ، قالوا لمن يارسول الله ؟ قال: لله ورسوله ولكتابه ولأئمة المسلمين وعامتهم » وقوله : « سيد الشهداء حمزة بن عبد المطلب ورجل قام إلى إمام جائر فأمره ونهاه فقتله » .

وإذا كان لكل إنسان أن يقول ما يعتقد أنه الحق و يدافع بلسانه وقلمه عن عقيدته فإن حرية القول ليست مطاقة ، بل هى مقيدة بأن لا يكون ما يكتب أو يقال خارجاً عن حدود الآداب العامة والأخلاق الفاضلة أو مخالفا لنصوص الشريعة .

وقد قررت الشريعة حرية القول من يوم نزولها وقيدت فى الوقت نفسه

هذه الحرية بالقيود التى تمنع من العدوان و إساءة الاستعمال ، وكان أول من قيدت حريته فى القول محمد صلى الله عليه وسلم وهو رسول الله الذى جاء معلناً للحرية مبشراً بها وداعياً إليها ، ليكون قوله وعمله مثلا يحتذى ، وليعلم الناس أنه لا يمكن أن يعفى أحد من هذه القيود إذا كان رسول الله أول من قيد بها مع ما وصفه به ربه من قوله : ﴿ وإنك لعلى خلق عظيم ﴾ [سورة القلم : ٤]

ولقد أمر الله رسوله أن يبلغ رسالته للناس وأن يدعو الناس جميعاً إلى الإيمان بالله و بالرسالة ، وأن يحاجّ الكفار والمكذبين ويخاطب عقولهم وقلوبهم ، ولكن الله جل شأنه لم يترك لرسوله حرية القول على إطلاقها فرسم له طريق الدعوة ، وبين له منهاج القول والحجاج ، وأوجب عليه أن يعتمد فى دعوته على الحكمة والموعظة الحسنة ، وأن يجادل بالتى هى أحسن ، وأن يعرض عن الجاهلين وأن لا يجهر بالسوء من القول ، وأن لا يسب الذين يدعون من دون الله ، فرسم الله لرسوله حدود حرية القول ، وبيّن لنا أن الحرية ليست مطلقة و إنما هى حرية مقيدة بعدم العدوان وعدم إساءة الاستعمال .

وحرية القول فى الحدود التى وضعتها الشريعة تعود دون شك على الأفراد والأمم بالنفع والتقدم ، وتؤدى إلى نمو الإخاء والحب والاحترام بين الأفراد والهيئات ، وتجمع كلمة أولى الأمر على الحق دون غيره ، وتجعلهم فى حالة تعاون دائم ، وتقضى على النعرات الشخصية والطائفية ، وهذا كله ينقص العالم اليوم ، أو يبحث عنه العالم فلا يهتدى إليه .

ونستطيع أن نبين مدى صلاحية نظرية الشريعة إذا علمنا أن المشرعين الوضعيين بعد تجاربهم الطويلة ينقسمون اليوم قسمين : قسم يرى حرية القول دون قيد إلا فيما يمس النظام العام وهؤلاء لا يعيرون الأخلاق أى اهتمام ، وتطبيق رأيهم يؤدى دائماً إلى التباغض والتنابذ والتحزب ثم القلاقل والثورات وعدم الاستقرار . وقسم يرى تقييد حرية الرأى فى كل ما يخالف رأى الحاكمين ونظرتهم للحياة ، وتطبيق رأى هؤلاء يؤدى إلى كبت الآراء الحرة و إبعاد

العناصر الصالحة عن الحكم ، و يؤدى فى النهاية إلى الاستبداد ثم القلاقل والثورات .

و نظرية الشريعة الإسلامية تجمع بين هاتين النظريتين اللتين تأخذ بهما دول العالم ، ذلك أن نظرية الشريعة تجمع بين الحرية والتقييد وهى لا تسلم بالحرية على إطلاقها ، ولا بالتقييد على إطلاقه ؛ فالقاعدة الأساسية فى الشريعة هى حرية القول ، والقيود على هذه الحرية ليست إلا فيما يمس الأخلاق أو الآداب أو النظام ، والواقع أن هذه القيود قصد منها حماية الأخلاق والآداب والنظام ، ولكن هذه الحماية لا تتيسر إلا بتقييد حرية القول ، فإذا منع القائل من الخوض فيما يمس هذه الأشياء فقد منع من الاعتداء ولم يحرم من أى حق لأن الاعتداء لا يمكن أن يكون حقاً .

و يمكننا بعد ذلك أن نقول إن الشريعة الإسلامية تبيح لكل إنسان أن يقول مايشاء دون عدوان فلا يكون شتاماً ولا عياباً ولا قاذفاً ولا كاذباً ، وأن يدعو إلى رأيه بالحكمة والموعظة الحسنة ، وأن يجادل بالتى هى أحسن ، وأن لا يجهر بالسوء من القول ، ولا يبدأ به ، وأن يعرض عن الجاهلين . ولا جدال فى أن من يفعل هذا يحمل الناس على أن يسمعوا قوله و يقدروا رأيه فضلا عن بقاء علاقاته بغيره سليمة ثم بقاء الجماعة يداً واحدة تعمل للمصلحة العامة .

والنصوص القرآنية الآتية تعتبر دستور القول فى الشريعة وهى قوله تعالى : ﴿ ادع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتى هى أحسن ﴾ [سورة النحل : ١٢٥] وقوله : ﴿ خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين ﴾ [الأعراف : ١٩٩] وقوله : ﴿ و إذا خاطبهم الجاهلون قالوا سلاماً ﴾ [الفرقان : ٦٣] وقوله : ﴿ ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم ﴾ [الأنعام : ١٠٨] وقوله : ﴿ لا يحب الله الجهر بالسوء من القول إلا من ظلم ﴾ [النساء : ١٤٨] وقوله ﴿ ولا تجادلوا أهل الكتاب إلا بالتى هى أحسن إلا الذين ظلموا منهم ﴾ [العنكبوت : ٤٦] .

* * *

هذه هى نظرية الحرية بشعبها الثلاث جاءت بها الشريعة الإسلامية فى وقت كان الناس فيه لا يفكرون بعقولهم، ولا يحفلون إلا بما وجدوا عليه آباءهم، وكان من الطبيعى فى نظرهم أن يكره الرجل على تغيير عقيدته، ولم يكن لأحد حرية القول أو التفكير إلا أصحاب السلطان والأقوياء. وقد لقى المسلمون الأول عنتا شديدا فى نشر الدعوة وبث العقيدة الإسلامية، فعذبوا لتغيير عقيدتهم، وأكرهوا على ذلك بشتى الوسائل، وكان الكفار والمكذبون يترصدون لهم فلا يحاولون القول إلا منعوهم منه، ولا التعبد إلا آذوهم به.

وظاهر مما سبق أن الشريعة حين جاءت بنظرية الحرية لم تكن تجارى تطور الجماعة أو تلبى رغباتها، لأن العالم كله فى ذلك الوقت لم يكن مهيأ لنظرية الحرية، وإنما قررت الشريعة هذه النظرية لترفع بها مستوى الجماعة، وتدفعهم نحو التقدم والرقى، وتسمو بهم عن الموطن الذى نزلت بهم فيه همجيتهم، وأرضاهم به جهلهم = كذلك كان تقرير النظرية لازماً لتكميل الشريعة بما تستلزمه الشريعة الكاملة الدائمة.

وقد جاءت النصوص المقررة للحرية والمبينة لحدودها نصوصاً عامة مرنة بحيث لا يمكن أن تحتاج إلى تعديل أو تبديل. وهذا يتفق مع الأساس الذى قامت عليه الشريعة وهو عدم قابليتها للتعديل والتبديل، ولا شك أن النصوص من العموم والمرونة بحيث لا يمكن أن تضيق بأى حالة مهما تغيرت الظروف والأمكنة وطال الزمن.

ولقد سبقت الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية فى تقرير نظرية الحرية بأحد عشر قرناً على الأقل؛ لأن القوانين الوضعية لم تبدأ بتقرير هذه النظرية إلا فى أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر. أما قبل ذلك فلم تكن هذه القوانين تعترف بالحرية بل كانت أقسى العقوبات تخصص للمفكرين ودعاة الإصلاح ولمن ينتقد عقيدة تخالف العقيدة التى يعتنقها أولو الأمر هذا هو الواقع وهذه حقائق التاريخ، فمن شاء بعد ذلك أن يعرف كيف نشأت

الأكذوبة الكبرى التى تقول إن الأوربيين هم أول من دعا للحرية فليعلم أنها نشأت من الجهل بالشريعة الإسلامية ، وقد يعذر الأوربيون فى هذا الجهل أما نحن فلن نجد لأنفسنا عذراً .

٢٧ - نظرية الشورى : جاءت الشريعة الإسلامية مقررة لمبدأ الشورى فى قوله تعالى : ﴿ وأمرهم شورى بينهم ﴾ [الشورى : ٣٨] وفى قوله : ﴿ وشاورهم فى الأمر ﴾ [آل عمران : ١٥٩] ولم يكن تقرير النظرية نتيجة لحال الجماعة فقد كان العرب فى أدنى دركات الجهل وفى غاية التأخر والانحطاط ، وإنما قررت الشريعة النظرية لأنها قبل كل شىء من مستلزمات الشريعة الكاملة الدائمة المستعصية على التبديل والتعديل ، ولأن تقرير النظرية يؤدى بذاته إلى رفع مستوى الجماعة وحملهم على التفكير فى المسائل العامة والاهتمام بها ، والنظر إلى مستقبل الأمة نظرة جدية ، والاشتراك فى الحكم بطريق غير مباشر ، والسيطرة على الحكام ومراقبتهم . فالنظرية إذن مقررة لتكميل الشريعة ولتوجيه الجماعة ورفع مستواها.

وظاهر من صيغة النصين المقررين لمبدأ الشورى أنهما عامان مرنان إلى آخر حدود العموم والمرونة ، بحيث لا يمكن أن يحتاج الأمر إلى تعديلهما أو تبديلهما فى المستقبل ، وفى هذا بيان لما قلناه من أن الشريعة تتميز بصفة الدوام وأنها لا تقبل التبديل والتعديل .

ولهذه الاعتبارات اكتفت الشريعة بتقرير الشورى كمبدأ عام وتركت لأولياء الأمور فى الجماعة أن يضعوا معظم القواعد اللازمة لتنفيذه ، لأن هذه القواعد تختلف تبعاً لاختلاف الأمكنة والجماعات والأوقات ، فلأولياء الأمور مثلا أن يعرفوا رأى الشعب عن طريق رؤساء الأسر والعشائر ، أو عن طريق ممثلى الطوائف ، أو بأخذ رأى الأفراد الذين تتوفر فيهم صفات معينة إما بطريق التصويت المباشر وإما بطريق التصويت غير المباشر ، ولأولياء الأمور أن يسلكوا أى سبيل آخر يرون أنه أفضل من غيره فى تعرف رأى الجماعة بشرط أن لا يكون فى ذلك كله ضرر ولا ضرار بصالح الأفراد أو الجماعة أو النظام العام .

أما القواعد الأساسية الخاصة بتطبيق مبدأ الشورى وتنفيذه وهى قليلة فقد بينت الشريعة أحكامها ولم تتركها لأولياء الأمور، وهذه القواعد حكمها حكم مبدأ الشورى لا تقبل التعديل ولا التبديل لأنها قواعد جاءت بها نصوص خاصة والقاعدة أن ما نص عليه لا يعدل ولا يبدل .

ومن هذه القواعد الأساسية التى توجب الشريعة اتباعها فى تطبيق مبدأ الشورى وتنفيذه أن تكون الأقلية التى لم يؤخذ برأيها أول من يسارع إلى تنفيذ رأى الأغلبية ، وأن تنفذه بإخلاص باعتباره الرأى الواجب الاتباع ، وأن تدافع عنه كما تدافع عنه الأغلبية ، وليس للأقلية أن تناقش رأياً اجتاز دور المناقشة ، أو تشكك فى رأى وضع موضع التنفيذ ، وتلك هى سنة الرسول التى سنها للناس والتى يجب على الناس اتباعها طبقاً لقوله تعالى : ﴿ وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا ﴾ [الحشر : ٧] .

ولقد سن الرسول صلى الله عليه وسلم هذه السنة وعمل بها فى حياته ، واتبعها أصحابه بعد وفاته . عمل الرسول بهذه السنة لما علم باستعداد قريش لغزوة أحد وأنهم أقبلوا إلى المدينة ونزلوا قريباً من جبل أحد فجمع عليه السلام أصحابه ، واستشارهم أيخرج إليهم أم يمكث فى المدينة ؟ وكان رأيه أن لا يخرجوا من المدينة وأن يتحصنوا بها فإن دخلوها قاتلهم المسلمون على أفواه الأزقة والنساء من فوق البيوت، ووافقه على هذا الرأى عبد الله بن أبى ّ وبعض الصحابة ، ولكن جماعة الصحابة أشاروا بالخروج وألحوا عليه فى ذلك . فكان الرسول أول من وضع رأى الأكثرية موضع التنفيذ، إذ نهض من المجلس فدخل بيته ولبس لأمته ، وخرج عليهم ليقود الأقلية والأكثرية إلى لقاء العدو خارج المدينة ، وقد سارع الرسول بتنفيذ رأى الأغلبية بالرغم من مخالفته لرأيه الخاص الذى أظهرت الحوادث فيما بعد أنه كان الرأى الأحق بالاتباع .

وعمل أصحاب الرسول بهذه السنة بعد وفاته فى حروب الردة فقد كان رأى

الغالبية أول الأمر متجهاً إلى عدم محاربة المرتدين ومسالمتهم ، وكان رأى الأقلية وعلى رأسهم أبو بكر متجهاً إلى محاربة المرتدين وعدم التسامح معهم ، وانتهت المناقشة بجنوح الكثيرين إلى رأى أبى بكر بعد اقتناعهم به ، فلما وضع هذا الرأى موضع التنفيذ كان المخالفون فى الرأى هم أول المتقدمين له والمضحين فى سبيل تنفيذه بأموالهم وأبنائهم وأنفسهم .

وهذه السنة المباركة التى تكمل مبدأ الشورى العام تعتبر فى وقتنا الحاضر العلاج الناجع لفشل الديموقراطية . فمن المسلم به أن البلاد الديموقراطية فشلت فشلا ذريعاً فى تطبيق مبدأ الشورى ، والسبب الأساسى فى هذا الفشل أنهم يسمحون للأقلية أن تناقش الرأى الذى أقرته الأغلبية بعد انتهاء دور المناقشة ، وأن تشكك فى قيمته وصلاحيته أثناء تنفيذه . بل إنه يظل موضع الانتقاد والسخرية حتى بعد تمام تنفيذه ، ولما كانت القاعدة أن فريق الأغلبية هو الذى يتولى الحكم فإن آراء هذا الفريق وأعماله لا تقابل بما يجب لها من الاحترام ، بل تكون دائماً محل تشكيك وسخرية ، ويطعن عليها بتفاهتها وعدم صلاحيتها ، بل قد يحدث أن تمتنع الأقلية من تنفيذ القوانين التى تسنها الغالبية ، وتظل الحال هكذا حتى يصبح الفريق الحاكم أقلية ، فيترك الحكم ليتولاه فريق الأكثرية الذى تقابل آراؤه وأعماله بمثل ماقوبل به فريق الأكثرية السابق ، وهكذا لايتولى الحكم فريق إلا كانت آراؤه وأعماله محل النقد والتشكيك والسخرية . وقد يكون النقد سبيلا من سبل الإصلاح إذا أبدى الناقد رأيه وقت المناقشة ، أونقد آراء لم تناقش من قبل ، أما نقد الآراء التى سبقت مناقشتها والتشكيك فيها بعد أن وضعت موضع التنفيذ فذلك هو الفساد بعينه ، بل إنه ليتناقض مع الأساس الذى تقوم عليه الشورى ؛ فأساس الشورى هو أن يحكم الشعب طبقاً لرأى الأغلبية ، ومعنى ذلك أن أغلبية الشعب إذا أجمعت على رأى كان رأيها قانوناً أو حكماً تجب له الطاعة والاحترام .

ولقد أدى موقف الأقلية من الأغلبية إلى نتيجته الطبيعية ، فظهر أولو الأمر فى البلاد الديمقراطية بمظهر العاجز الذى لا يحسن التصرف ، وفقد الأفراد ثقتهم فى الزعماء والجماعات والأحزاب ، وأصبحوا يتشككون فى قدرتهم على حكم الشعب وإدارة أموره ، وحق لهم أن يفقدوا ثقتهم فيمن تصدوا لقيادتهم فلم يسمعوا عنهم فى يوم ما أنهم ارتأوا رأياً فكان موضع التقدير ، أو جاءوا بفكرة لم تكن موضع السخرية ، أو هموا بعمل لم يكن موضع النقد والتشكيك .

وإذا كان فشل البلاد الديمقراطية فى تطبيق مبدأ الشورى يرجع فى الأصل إلى انعدام الثقة فيمن يتصدون لقيادة الشعب ، إلا أن تفشى هذا الفشل فى كل البلاد الديمقراطية جعل الناس يعتقدون أن مبدأ الشورى نفسه غير صالح للتطبيق فانتقل الشك وعدم الثقة من القائمين على تطبيق المبدأ إلى المبدأ ذاته ، واعتنق الكثير من البلاد الديموقراطية مبدأ الديكتاتورية وهم يظنون أنهم سيجدون فيه علاجاً لحالة الشك وعدم الثقة التى تعيش فيها الشعوب .

ولكن التجارب أثبتت أن الديكتاتورية انتهت بفشل أفظع من فشل الديموقراطية ، لأنها تؤدى إلى كمّ الأفواه وتعطيل حرية الرأى وحرية الاختيار وانعدام الثقة بين الشعوب والحكام وتوريط الشعوب والحكومات فيما لا تريده أو فيما لا يعود عليها إلا بالضرر . وإذا كانت الديكتاتورية تبدأ غالباً بالنجاح إذا استبدلت بالديمقراطية الفاشلة فإن النجاح لا يرجع إلى النظام ذاته ، وإنما يرجع كما أثبتت التجارب إلى ثقة المحكومين بشخصية الحاكمين وتعضيدهم إياهم وإلى حرص الحكام على صالح الجماعة ، فإذا ما تغير الحكام الموثوق بهم ، أو فشلوا فى القيام بمهمتهم ، انعدمت الثقة بين الحكام والمحكومين ، وابتدأ الفساد يدب فى النظام الديكتاتورى وكان ذلك إيذاناً بتغيير نظام الحكم ، وإن كان التغيير ذاته يتوقف على عوامل أظهرها ضعف الحاكمين أو شجاعة وقوة المحكومين .

ونستطيع الآن أن نقول بحق : إن النظام الإسلامى لا يعتبر فقط علاجاً ناجعاً

لفشل الديموقراطية ، ولكنه أيضاً صمام الأمن الذى يحمى الأمم من الديكتاتورية ، لأن هذا النظام يحفظ لمبدأ الشورى قيمته النظرية ، ويحقق صلاحيته العملية ، ويجيّش كل القوى لخدمة الجماعة ، ويدعو إلى الثقة بالشورى والقائمين بأمرها ويسد الطريق على المبادىء الهدامة والديكتاتورية .

ونستطيع أيضاً أن نقول: إن النظام الديمقراطى يقوم فى الأصل على الشورى والتعاون ، ولكنه انتهى بسوء التطبيق إلى تسليط المحكومين على الحاكمين ، وانعدام التعاون بينهما ، وإن النظام الديكتاتورى يقوم فى الأصل على السمع والطاعة والثقة بين الحاكمين والمحكومين ، ولكنه انتهى بسوء التطبيق إلى تسليط الحاكمين على المحكومين وانعدام الثقة بينهما . أما النظام الإسلامى فيقوم على الشورى والتعاون فى مرحلة الاستشارة ، وعلى السمع والطاعة والثقة فى مرحلة التنفيذ ، ولا تسمح قواعده بتسليط فريق على فريق ، وبهذا جمع النظام الإسلامى بين ما ينسب إلى الديمقراطية من فضائل ، وما ينسب إلى الديكتاتورية من مزايا ومحاسن ، ثم هو فى الوقت نفسه برىء من العيوب التى تنسب للديمقراطية والديكتاتورية معاً .

ولقد سبقت الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية فى تقرير مبدأ الشورى بأحد عشر قرناً، حيث لم تعترف هذه القوانين بمبدأ الشورى إلا بعد الثورة الفرنسية اللهم فيما عدا القانون الإنجليزى فقد عرف مبدأ الشورى فى القرن السابع عشر ، وقانون الولايات المتحدة الذى أقر المبدأ بعد منتصف القرن الثامن عشر ، أما القانون الفرنسى فقد أخذ بمبدأ الشورى فى آخر القرن الثامن عشر ، وعلى أثر ذلك انتشر مبدأ الشورى وأخذت به معظم القوانين فى القرن التاسع عشر ، فالقوانين الوضعية حين قررت مبدأ الشورى لم تأت بجديد ، وإنما انتهت إلى ما بدأت به الشريعة الإسلامية ، وسارت فى الطريق الذى سلكته الشريعة من القرن السابع الميلادى .

٢٨ — نظرية تقييد سلطة الحاكم : جاءت الشريعة الإسلامية من يوم نزولها

بنظرية تقييد سلطة الحاكم ، فكانت أول شريعة قيدت سلطة الحكام، وحرمتهم حرية التصرف ، وألزمتهم أن يحكموا فى حدود معينة ، ليس لهم أن يتجاوزوها وجعلتهم مسئولين عن عدوانهم وأخطائهم .

وتقوم النظرية على ثلاثة مبادىء أساسية : أولها ـ وضع حدود لسلطة الحاكم ـ ثانيها ـ مسئولية الحاكم عن عدوانه وأخطائه ـ ثالثها ـ تخويل الأمة حق عزل الحاكم.

المبدأ الأول ـ وضع حدود لسلطة الحاكم : ـ كانت سلطة الحاكم قبل نزول الشريعة سلطة مطلقة لا حد لها ولا قيد عليها وكانت علاقة الحاكمين بالمحكومين قائمة على القوة البحت ، ومن القوة كان الحاكم يستمد سلطانه ، وعلى مقدار قوته كانت سلطته ؛ فكلما كان قويا امتد سلطانه لكل شيء ، وإن ضعف انكمشت سلطته وأصابها القصور والوهن . وكان الناس يدينون للحاكم بالطاعة لا لأنه يحكمهم ، بل لأنه أقوى منهم ، فكلما كان الحاكم قادرا على أن يسوق الناس بعصاه أو يغريهم بماله وجاهه فهم من الطائعين السامعين ، فإذا ضعف الحاكم واستطاع أحد منافسيه أن يتغلب عليه فإنه يستطيع تبعاً لذلك أن يتحكم فى رقاب الرعية ، وكانت الرعية تعتبر خدما وعبيدا لصاحب السلطان سواء أورث سلطانه أم اكتسبه.

ولما كان الحاكم يستمد سلطته من قوته لم تكن سلطة أى حاكم تساوى سلطة الآخر ، ولم تكن هناك حدود مرسومة للحكام لا يتعدونها ، بل كان للحاكم أن يأتى ما يشاء ويدع ما يشاء دون حسيب أو رقيب .

وجاءت الشريعة فاستبدلت بهذه الأوضاع البالية أوضاعا جديدة تتفق مع الكرامة الإنسانية والحاجات الاجتماعية ، فجعلت أساس العلاقة بين الحكام والمحكومين تحقيق مصلحة الجماعة لا قوة الحاكم أو ضعف المحكومين ، وتركت للجماعة حق اختيار الحاكم الذى يرعى مصلحتها ويحفظها ، وجعلت لسلطة الحاكم حدودا ليس له أن يتعداها ، فإن خرج عليها كان عمله باطلا وكان من حق الجماعة أن تعزله وتولى غيره لرعاية شئونها .

وقد بينت الشريعة مهمة الحاكم بياناشافيا وحددت حقوقه وواجباته تحديداً دقيقا ؛ فمهمة الحاكم فى الشريعة أن يخلف رسول الله فى حراسة الدين وسياسة الدنيا(١) ويسمى الحاكم فى اصطلاح الفقهاء الإمام .

والإمامة أو الخلافة كما يرى الفقهاء عقد لا ينعقد إلا بالرضى والاختيار(٢) وبموجب هذا العقد يلزم الإمام أى الحاكم أن يشرف على الشئون العامة للأمة فى الداخل والخارج(٣) بما يحقق مصلحتها ، بشرط أن يكون ذلك كله فى حدود ما أنزل الله على رسوله ، وفى مقابل التزام الإمام للأمة بهذا الالتزام تلتزم له الأمة على لسان ممثليها الذين اختاروه إماما أن تسمع له وتطيع أمره ما لم يتغير حاله فيصبح فاسقا أو يعجز عن مباشرة عمله(٤) ، فإذا تغير حاله انعزل بفسقه أوعجزه .

فسلطة الإمام أى الحاكم فى الشريعة ليست مطلقة ، وليس له أن يفعل ما يشاء ويدع ما يشاء ، وإنما هو فرد من الأمة اختير لقيادتها وعليه للأمة التزامات وله على الأمة حقوق ، وله من السلطة ما يستطيع أن يؤدى به التزاماته ويستوفى به حقوقه ، وهو فى أداء واجباته واستيفاء حقوقه مقيد بأن لا يخرج على نصوص الشريعة أو روحها ، وذلك طبقا لقوله تعالى : ﴿ وأن احكم بينهم بما أنزل الله ﴾ [المائدة : ٤٩] وقوله : ﴿ ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون ﴾ [الجاثية : ١٨] وقوله : ﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون ﴾ [المائدة : ٤٤] وإذا كان الإمام أى الحاكم مقيداً بأن يتبع الشريعة وأن يحكم طبقا لنصوصها فمعنى ذلك أن سلطته مقيدة بنصوص الشريعة فما أباحته له فقد امتد سلطانه إليه ، وما حرمته عليه فلا سلطان له عليه . والشريعة لا تبيح للحاكم إلا ما تبيحه لكل فرد ، ولا تحرم عليه إلا ما حرمته على كل فرد .

---

(١) الأحكام السلطانية ص٣ (٢) الأحكام السلطانية ص٦ (٣) حدد صاحب الأحكام السلطانية واجبات الإمام بأنها حفظ الدين وتوفير الأمن والنظام وإقامة الحدود وتنفيذ الأحكام وحفظ الثغور والجهاد والإشراف على الأموال العامة فى جبايتها وإنفاقها والإشراف على الموظفين العموميين الذين يتولون كل هذه المهام . (٤) نفس المرجع من ١٢ ــ ١٧

المبدأ الثانى ـ مسئولية الحاكم عن عدوانه وأخطائه : ـ وبعد أن بينت الشريعة واجبات الإمام أى الحاكم وحقوقه وحددت سلطته على الوجه السابق جعلته مسئولا عن كل عمل يتجاوز به سلطاته سواء أتعمد هذا العمل أم وقع العمل نتيجة إهماله . ولم تكن الشريعة فى تقرير مسئولية الحكام عن تصرفاتهم إلا متمشية مع منطق الأشياء، فقد بينت للحاكم حقه وواجبه وألزمته بأن لا يخرج عن أحكام الشريعة ، وجعلته كأى فرد عادى فلم تميزه على غيره بأى ميزة ، فكان من الطبيعى تحقيقا للعدالة والمساواة واستجابة للمنطق أن يُسأل الحاكم عن كل عمل مخالف للشريعة سواء أتعمد هذا العمل أم وقع منه نتيجة إهماله ما دام كل فرد يسأل كذلك عن أعماله المخالفة للشريعة[1] .

المبدأ الثالث ـ تخويل الأمة حق عزل الحكام : ـ بينا فيما سبق أن الإمامة تنعقد بناء على عقد يختار فيه الشعب الإمام أى الحاكم ويلتزم له بالطاعة فى مقابل التزام الحاكم بالإشراف على شئون الأمة وقيادتها فى الطريق التى رسمتها الشريعة وينبنى على هذا المنطق أن الحاكم الذى يقوم بمهمته فى الحدود المقررة لها يجب له على الشعب السمع والطاعة ، أما الحاكم الذى لا يقوم بالتزاماته أو يخرج على حدودها فليس له أن ينتظر من الشعب السمع والطاعة ، وعليه هو أن يتنحى عن مركزه لمن هو أقدر منه على الحكم فى حدود ما أنزل الله ، فإن لم يتنح مختاراً نحّاه الشعب مكرها واختار غيره .

وهذا الذى يقتضيه المنطق هو نفس حكم الشريعة الصريح ، جاء به القرآن وأمر به الرسول، وعمل به الخلفاء الراشدون من بعده، فالله جل شأنه يأمر بطاعة أولى الأمر فى حدود ما جاء به الرسول فيقول : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله

---

(١) سنفصل الكلام على مسئولية الحكام عندما نبحث فى سريان الشريعة على الأشخاص وإنما تكلمنا هنا عن المسئولية بالقدر الذى يظهر مميزات الشريعة وسبقها فى تقدير النظريات الحديثة فى القوانين .

وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم فإن تنازعتم فى شىء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا ﴾ [النساء : ٥٩] والرسول عليه السلام يقول : «لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق» ويقول : «إنما الطاعة فى المعروف» ويقول فى ولاة الأمور : «من أمركم منهم بمعصية فلا سمع له ولا طاعة».

وبعد موت الرسول اختار المسلمون أبا بكر خليفة عليهم فكانت أول خطبة يقولها تطبيقا دقيقا لهذه النصوص حيث قال : «أيها الناس قد وليت عليكم ولست بخيركم إن أحسنت فأعينونى وإن أسأت فقومونى ـ أطيعونى ما أطعت الله ورسوله فإن عصيت الله ورسوله فلا طاعة لى عليكم» .

وولى عمر أمر المسلمين بعد أبى بكر فكان حريصاً على إظهار معانى هذه النصوص وتثبيتها فى الأذهان ، خطب يوما فقال : «لوددت أنى وإياكم فى سفينة فى لجة البحر تذهب بنا شرقا وغربا فلن يعجز الناس أن يولوا رجلا منهم فإن استقام اتبعوه وإن جنف قتلوه» فقال طلحة : «وما عليك لو قلت وإن تعوج عزلوه» قال : «لا ، القتل أنكل لمن بعده» .

هذه هى نظرية الشريعة جاءت بها فى وقت كانت فيه سلطة الحاكمين على المحكومين سلطة مطلقة ، فلم تكن الشريعة حين قررت هذه النظرية تأتى بما يلائم الجماعة ويصلح حالها وإنما جاءت بالنظرية لأنها ضرورية للشريعة الكاملة الدائمة من ناحية ، ولترفع بها مستوى الجماعة وتدفعهم نحو الرقى من ناحية أخرى ، فالنظرية إذن شرعت للتكميل والتوجيه .

وهذه هى النصوص التى تقوم عليها النظرية جاءت عامة إلى آخر حدود العموم ، مرنة إلى آخر حدود المرونة بحيث تنطبق فى كل زمان ومكان ولا تضيق بما يمكن أن يستجد من حالات .

وقد سبقت الشريعة الإسلامية بنظريتها كل القوانين الوضعية فى تقييد سلطة

الحكام ، وتعيين الأساس الذى تقوم عليه علاقة الحاكمين بالمحكومين ، وفى تقرير سلطان الأمة على الحكام ، وأول قانون وضعى اعترف بعد الشريعة بسلطان الأمة على الحكام هو القانون الإنجليزى ، وكان ذلك فى القرن السابع عشر أى بعد أن قررت الشريعة نظريتها بأحد عشر قرنا ، ثم جاءت الثورة الفرنسية فى نهاية القرن الثامن عشر وعلى أثرها انتشر هذا المبدأ فى القوانين الوضعية .

وتسير القوانين الوضعية فى تقرير النظرية على هدى الشريعة الإسلامية ، فتجعل الحد بين الحاكمين والمحكومين الدستور الوضعى الذى يبين حقوق الأفراد والجماعات والحكام ومدى سلطان كل ، كما جعلت النظرية الشرعية الحد بين الحاكمين والمحكومين نصوص الشريعة وهى الدستور الإسلامى .

٢٩ ـ نظرية الطلاق : ـ أباحت الشريعة الإسلامية للرجل أن يطلق المرأة سواء دخل بها أم لم يدخل ، ولو لم يقم دليل ظاهر على أن ضررا حدث للرجل من الزواج فالأمر فى تطليق المرأة متروك للرجل .

وأباحت الشريعة للمرأة أن تطلب من القضاء أن يطلقها على الزوج إذا أثبتت أنه يضارها ضرراً مادياً أو أدبياً ، أو لا يؤدى لها ما توجبه الشريعة على الزوج من حقوق للزوجة .

وأساس الفرق بين الرجل والمرأة فى استعمال حق الطلاق أن للرجل حق القوامة والرئاسة فيما يتعلق بشئون الزوجية[١] وهو الذى يتحمل وحده أعباءها ، فهو ملزم بمهر الزوجة ونفقات الزواج ، وملزم بالإنفاق على الزوجة من يوم العقد ولو لم تنتقل إلى بيته ، وملزم بالإنفاق عليها وعلى أولادها منه ، فأعطى له حق الطلاق مطلقا من كل قيد فى مقابل هذه المسئوليات الجسيمة ، وفى هذا مصلحة للمرأة من وجه آخر لأن إلزام الرجل ببيان أسباب الطلاق قد يؤدى إلى تلويث سمعة المرأة

---

(١) راجع الفقرة ٢٢

وحرمانها من الزواج بعد ذلك ـ أما المرأة فأعطى لها حق الطلاق مقيدا بحصول ضرر مادى أو أدبى ، وفى هذا ما يتفق مع تقديم الرجل عليها درجة فى شئون الزوجية ، وما يحميها حماية كافية من تعنت الزوج ، وما يحمى الزوج فى الوقت نفسه من أن تسىء الزوجة استعمال حقها فى طلب الطلاق .

وإذا كانت الشريعة قد أعطت الرجل الطلاق مطلقا من كل قيد فإنها قد فرضت عليه فى مقابل ذلك واجبات قصد منها حماية الزوجة وحفظ مصلحتها .

والطلاق إما أن يكون قبل الدخول وقبل فرض مهر للزوجة ، وإما أن يكون قبل الدخول وبعد فرض مهر للزوجة ، وإما أن يكون بعد الدخول ، وفى كل حالة من هذه الحالات ألزمت الشريعة الرجل بالتزامات لا مفر منها عليه أن يؤديها للمرأة ، وهذه الالتزامات تعتبر من ناحية تعويضا للمرأة كما أنها من ناحية أخرى تحمل الرجل على أن يفكر كثيرا قبل استعمال حق الطلاق .

الطلاق قبل الدخول وفرض المهر : إذا طلق الرجل المرأة قبل أن يدخل بها أو يفرض لها مهرا فعليه أن يمتعها أى يعوضها عن الطلاق بما يقتضيه العرف أى بما تعارف أمثال الزوج ومن هم فى طبقته على أدائه للمرأة فى مثل هذه الحالة ، والمقصود بالأمثال أن يكونوا مثله من الناحية المالية وذلك قوله تعالى : ﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ، ومتعوهن على الموسع قدره ، وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين ﴾ [البقرة : ٢٣٦] .

الطلاق قبل الدخول وبعد فرض المهر: وإذا طلق الرجل زوجته قبل الدخول وبعد فرض المهر فهو ملزم بأن يدفع لها نصف المهر تعويضا عن الطلاق طبقا لقوله تعالى : ﴿ وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم إلاأن يعفون أو يعفوالذى بيده عقدة النكاح ﴾ [البقرة :٢٣٧]

الطلاق بعد الدخول : أما إذا طلق الرجل المرأة بعد الدخول فهو ملزم لها

بـكل المهر ولو كان أكثره غير حال ، وعليه أن يسلمها كل ما قدمه لها بمناسبة الزواج أو ما ملكها إياه فى حال الزوجية سواء كان ملزما به أم متفضلا به عليها وذلك طبقاً لقوله تعالى : ﴿ وإن أردتم استبدال زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتاناً وإثما مبينا ﴾ [النساء : ٢٠] .

وعلى الزوج بعد ذلك أن ينفق على الزوجة حتى تستوفى عدتها وتصبح بذلك أهلا للزواج من غيره . وتختلف عدة المطلقة بحسب ما إذا كانت حاملا أو غير حامل ، فإن كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها طبقا لقوله تعالى : ﴿ وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾ [الطلاق : ٢٨] وإن لم تكن حاملا فعدتها أن تمر عليها ثلاثة قروء طبقا لقوله تعالى : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ [البقرة :٢٢٨] والقرء هو الحيض على رأى والطهر من الحيض على رأى آخر .

وأول ما يلاحظ على النصوص التى جاءت فى الطلاق أنها نصوص مرنة وعامة إلى آخر حدود العموم والمرونة ، ومن ثم كانت صالحة لكل عصر ولكل مصر ، ولم تكن فى حاجة إلى التعديل أو التبديل ، ولقد أثبت ذلك الزمن نفسه حيث مر على هذه النصوص أكثر من ثلاثة عشر قرناً وهى لا تزال على ما كانت عليه يوم نزولها من الجدة والصلاحية والسمو .

وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد قررت حق الطلاق للزوجين من ثلاثة عشر قرناً وأحاطته بهذه الضمانات القوية العادلة . فإن العالم المتحضر لم يعرف هذا الحق ، ولم يعترف به إلا فى القرن العشرين ، بل كان البعض يأخذون على الشريعة أنها جاءت مقررة لحق الطلاق ، ثم دار الزمن دورته وجاء عصر العلوم والرقى وتقدمت الأمم وتفتحت العقول فرأى العلماء والمفكرون أن تقرير حق الطلاق نعمة على المتزوجين وأنه الطريق الوحيد للخلاص من الزواج الفاشل ، ومن سوء العشرة والآلام النفسية ، وأن الطلاق هو الذى يحقق سعادة الزوجين

إذا فشل الزواج فى تحقيقها ، وأنه يحفظ الرجل والمرأة من التعرض للأخطاء ووساوس الشيطان .

ولا يكاد اليوم يخلو قانون وضعى من قوانين الأمم المتحضرة من النص على الطلاق والاعتراف به ، ولكن هذه القوانين تختلف فى مدى الأخذ بمبدأ الطلاق فالبعض يتوسع فى تطبيق المبدأ ، والبعض يضيق من الدائرة التى يطبق فيها فالقانون الروسى يبيح الطلاق للرجل والمرأة دون قيد ولا شرط فهو يأخذ بالمبدأ الذى وضعته الشريعة للرجل و يطبقه على المرأة والرجل معاً ، وقوانين بعض الولايات التابعة للولايات المتحدة الأمريكية تبيح للرجل وللمرأة معاً حق طلب الطلاق إذا أثبت الطالب أن الآخر يضارّه ضرراً مادياً أو أدبيا ، فهذه القوانين تأخذ بالمبدأ الذى قررته الشريعة حقاً للمرأة وتطبقه على الرجل والمرأة معا . وأكثر القوانين الوضعية تبيح الطلاق بناء على طلب أحد الزوجين فى حدود ضيقة ولأسباب معينة ، فهذه القوانين تطبق على الرجل والمرأة ما جعلته الشريعة حقاً للمرأة ولكنها تحدد أسباب الطلاق وتضيق من دائرتها .

وهكذا بدأ العالم بعد ثلاثة عشر قرنا يعترف بنظرية الشريعة الإسلامية فى الطلاق ويأخذ بها ، وقد لا يمضى القرن العشرون حتى تتوسع القوانين الوضعية فى إباحة الطلاق وتطبيق نظرية الشريعة بحذافيرها .

ونستطيع أن نتبين مما سبق أن العالم لم يكن مهيَّأً لقبول نظرية الطلاق يوم نزلت بها الشريعة ، وأن وجود هذه النظرية فى الشريعة اقتضته ضرورة تكميل الشريعة بما تحتاج إليه الشريعة الكاملة الدائمة من نظريات ، وقصد منه رفع مستوى الجماعة ودفعها نحو الرقى والكمال .

٣٠ – نظرية تحريم الخمر : حرمت الشريعة الإسلامية الخمر تحريماً مطلقاً وجعلت عقوبة تناول الخمر من الحدود (أى العقوبات) المقدرة التى لا يجوز لولى الأمر العفو عنها ولا عن الجريمة التى وضعت لها ، ولا يجوز للقاضى أن

يخفضها أو يستبدل بها غيرها ، أو يوقف تنفيذها .

ولم تحرم الشريعة الخمر مرة واحدة ، بل جاءت بالتحريم تدريجياً ، لأن شرب الخمر كان متفشياً فى العرب ، وكانت الخمر إحدى متعهم وسبيل لهوهم ، فاقتضت حكمة التشريع التدرج فى التحريم ، وكان أول نص من نصوص التحريم قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاةَ وأنتم سكارَى حتى تعلَمُوا ما تقولون ﴾ [النساء : ٤٣] فنهاهم الله عن الصلاة وهم سكارى ، ولما كانت الصلاة فريضة لابد من أدائها فقد وجب عليهم أن لا يتناولوا الخمر بكميات تسكرهم ليستطيعوا أن يؤدوا فريضة الصلاة خمس مرات فيما بين الفجر والعشاء وهم غير سكارى ولعل هذا كان داعياً لهم أن يتساءلوا = عن حكم الخمر فى = ذاتها ، وقد جاء النص الثانى من نصوص التحريم يرد على هذا التساؤل و يبين علة التحريم وذلك قوله تعالى : ﴿ يسألونك عن الخمر والميسرِ قل فيهماَ إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما ﴾ [البقرة : ٢١٩] وبعد أن أصبحت النفوس مهيأة لترك الخمر نزل النص القاطع فى التحريم وهو قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصابُ والأزلامُ رجس من عملِ الشيطان فاجتنبوهُ لعلكم تفلحُونَ إنما يريد الشيطان أنْ يوقعَ بينكم العداوةُ والبغضاء فى الخمرِ والميسرِ ويصدكم عن ذكر اللهِ وعنِ الصلاةِ فهل أنتُمْ منتهونَ ﴾ [المائدة : ٩٠ ، ٩١] .

وظاهر من نصوص الشريعة أنها عامة مَرِنَة إلى آخر حدود العموم والمرونة وهذه الميزة التى تتميز بها نصوص الشريعة هى التى جعلت هذه النصوص صالحة للتطبيق وقت نزول الشريعة ، وحفظت لها هذه الصلاحية فى عصرنا الحاضر أى بعد مضىّ ثلاثة عشر قرنا على تاريخ نزولها ، وهذه الميزة هى التى ستحفظ لها هذه الصلاحية فى مستقبل الأيام مهما امتد الزمن وطال . فإذا ماقلنا إن الشريعة لاتقبل التعديل والتبديل فذلك لأنها صيغت بحيث لا تحتاج إلى تعديل أو تبديل .

ولم تأت الشريعة بتحريم الخمر مجاراة لحال الجماعة أو استجابة لرغباتها ، فقد

كانت فكرة التحريم بعيدة عن الأذهان ، ولم تكن النفوس مهيّأة لها ، وإنما جاءت الشريعة بالتحريم لأنه ضرورى لتكميل الشريعة بما يجب أن تكون عليه الشريعة الكاملة الدائمة ، وجاءت به لترفع مستوى الجماعة وتوجهها نحو السمو والكمال ، وإذا كان العالم غير الإسلامى قد أصبح الآن يفكر فى تحريم الخمر كما أصبحت النفوس مهيأة لقبول التحريم فمعنى ذلك أن الشريعة الإسلامية بما قررته من تحريم الخمر دعت الناس أن يتقدموا عصرهم بأكثر من ثلاثة عشر قرنا .

ولقد دعت الشريعة الإسلامية العالم إلى ترك الخمر وحرمتها على الناس من القرن السابع ، ولكن لم يستجب لهذه الدعوة ويأخذ نفسه بتحريم الخمر إلا البلاد الإسلامية ، أما ما عداها من البلاد فقد بقيت تحت سلطان الخمر حتى أثبت العلم المادى أخيراً أن الخمر مفسدة عظمى ، وأنها تهدم الصحة وتضيع المال وتضعف النسل والعقل وتضر بالإنتاج ضرراً بليغاً ، هنالك بدأت الدعوة لتحريم الخمر تظهر وتشتد ، وتؤلف لها الجماعات وتجمع لها الأموال وتنشر الصحف ، وقد نجحت الدعوة لتحريم الخمر نجاحا ملحوظا فلا يكاد يوجد اليوم بلد ليس فيه جماعات قوية تدعو لتحريم الخمر وتجد كل تعضيد ومساعدة من المفكرين والمصلحين بحيث يمكن أن يقال : إن الدعوة إلى تحريم الخمر أصبحت اليوم عامة .

ويستطيع الإنسان أن يرى أثر الدعوة إلى تحريم الخمر ظاهراً فى التشريعات التى صدرت فى القرن الحالى ، فالولايات المتحدة أصدرت من عدة سنين قانونا يحرم الخمر تحريما تاما ، والهند أصدرت من عامين قانوناً مماثلا وهاتان هما الدولتان الوحيدتان اللتان حرمتا الخمر تحريما تاما . أما أكثر الدول فقد استجابت للدعوة استجابة جزئية فحرمت تقديم الخمر أو تناولها فى المحلات العامة فى أوقات معينة من النهار ، كما حرمت تقديمها أو بيعها لمن لم يبلغوا سنا معينة .

ونستطيع أن نقول بعد ذلك إن العالم اليوم أصبح مهيَّأ لفكرة تحريم الخمر بعد أن ثبت علمياً أنها تضر بالشعوب ضرراً بليغاً ، وأن الدعوة إلى التحريم

تأخذ طريقها ويشتد ساعدها كل يوم وتجد من العلماء والمصلحين كل تعضيد . وأن اليوم الذى تحرم فيه كل الدول الخمر تحريماً قاطعا لم يعد بعيداً ، وأن العالم قد بدأ يأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية ويسير على أثرها فسجل على نفسه بذلك أنه استجاب للحق بعد أن ظل يدعى إليه ثلاثة عشر قرناً فلا يجيب .

٣١ - نظرية تعدد الزوجات : جاءت الشريعة الإسلامية من يوم نزولها مبيحة لتعدد الزوجات بشرط أن يعلم الزوج من نفسه القدرة على العدل بينهن ، فإن كان يعلم أنه لايستطيع العدل بينهن أو يخشى أن لا يعدل بينهن فلا يجوز له أن يتزوج غير امرأة واحدة ، وإذا كان يعلم أنه يستطيع العدل بينهن فليس له أن يجمع بين أكثر من أربع نسوة ، وذلك قوله تعالى : ﴿ فانكحوا ما طاب لكم مِنَ النساءِ مَثْنىٰ وثلاثَ ورُباعَ فإنْ خِفْتُمْ ألاَّ تعدِلوا فواحِدَةً ﴾ [النساء : ٣]

وقد سايرت الشريعة الإسلامية منطقها الخاص، وسايرت الطبيعة البشرية ، وجاءت متفقة مع الغرض من الزواج حينما قررت إباحة تعدد الزوجات .

فأما أن الشريعة قد سايرت منطقها الخاص فذلك أن الشريعة تحرم الزنا تحريما كليا وتعاقب عليه أشد العقاب حتى إنها لتعاقب الزانى المحصن بالرجم (أى القتل رميا بالحجارة) فوجب أن لاتحرم الزنا على الناس من وجه وتدفعهم إلى الزنا من وجه آخر ، ولاشك أن تحريم تعدد الزوجات يدفع الناس إلى الزنا ، ذلك أن عدد النساء فى العالم يزيد على عدد الرجال ، ويزداد الفرق بينهما كلما نشبت الحروب وتعددت ،فتحريم الزواج إلا من واحدة يؤدى إلى بقاءعدد كبير من النساء دون زواج وحرمان المرأة من الزواج مع استعدادها له معناه أن تجاهد المرأة طبيعتها ، وهو جهاد ينتهى غالباً بالفشل والاستسلام وإباحة الأعراض والرضا بالسفاح ، وكذلك فإن الرجل والمرأة يختلفان من حيث استعدادهما للعملية الجنسية ، فالمرأة ليست مستعدة فى كل وقت لغشيان الرجل إياها لأنها تحيض كل شهر أسبوعا فى المتوسط ، وقد تصل أيام الحيض إلى أسبوعين ، وغشيانها محرم فى

المحيض . ولأنها عندما تلد يحرم غشيانها مدة النفاس وهى أربعون يوما تقريبا . كذلك فإن استعداد المرأة يضعف طول مدة الحمل أو على الأقل مدة الإثقال بالحمل ، أما الرجل فاستعداده واحد لا يختلف باختلاف أيام الشهر والسنة ، فإذا حرم على الرجل أكثر من واحدة كان معنى ذلك حمل الكثيرين على الزنا ، لأنهم لا يستطيعون أن يكبتوا غرائزهم الجنسية أيام الحيض والنفاس والإثقال بالحمل .

وأما أن الشريعة الإسلامية سايرت طبائع البشر فى إباحة تعدد الزوجات فإنها قدرت قوة الغرائز الجنسية حق قدرها ، فلم تعرض الرجل أو المرأة لامتحان إن نجح فيه العشرات سقط المئات ، ولم تفرض على الرجل أن يتزوج واحدة فقط حتى لا تحكم على بعض النساء بالبقاء عوانس مدى الحياة ، يتمنين الرجل فلا يحصلن عليه ، ويحلمن بالأولاد والأسرة ولا سبيل إلى تحقيق حلمهن ، ويقاومن الغرائز الجنسية فلا تعود عليهن المقاومة إلا بضعف الصحة والعقل وخسارة الشرف والعفة ، ولم تفرض الشريعة على الرجل أن يتزوج واحدة فقط حتى لا تعرضه للوقوع تحت سيطرة الغرائز الجنسية فى فترات الحيض والنفاس أو غيرها من الفترات التى يضعف فيها استعداد المرأة للاستجابة ، لأن الرجل فى الغالب يخضع لسلطان الغريزة أكثر مما يخضع لسلطان العقل ، شأنه فى ذلك شأن المرأة ، وإن كانت طبيعة المرأة تساعدها على كبت غريزتها أكثر مما يستطيع الرجل

وأما أن حكم الشريعة فى إباحة التعدد جاء متفقاً مع الغرض من الزواج فالأصل أن الغرائز الجنسية ركبت فى الرجل والمرأة لحفظ النوع ، وأن الزواج شرع للتناسل وتكوين الأسرة ، فإذا تزوج الرجل امرأة عقيما ولم يبح له أن يتزوج غيرها فقد تعطلت وظائفه الجنسية عن أداء الغرض الذى خلقت له ، وتعطل الغرض من الزواج نفسه ، كذلك فإن قدرة الزوج على التناسل غير محدودة أما قدرة المرأة فلها حد لا تتعداه ؛ فالرجل يستطيع أن ينجب أولاداً حتى يبلغ الستين

أو السبعين فى المتوسط وهو فى الغالب أقصى عمره ، أما المرأة فتنعدم قدرتها على التناسل فيما بين الأربعين والخمسين ، فلو حرم على الرجل أن يتزوج أكثر من واحدة لكان معنى ذلك تعطيل وظيفته التناسلية حوالى نصف المدة التى يستطيع فيها أن يؤدى هذه الوظيفة .

هذه هى نظرية الشريعة فى إباحة تعدد الزوجات قررتها لدفع الضرر ورفع الحرج ، ولتحقيق المساواة بين النساء ولرفع مستوى الأخلاق ، وظاهر من النص الذى قررها أنه نص عام إلى آخر حدود العموم ، مَرِنٌ إلى آخر حد من المرونة وهذا ما جعله محتفظا بصلاحيته التى كانت له من ثلاثة عشر قرناً ، وما سيجعله محتفظا بهذه الصلاحية إلى ما شاء الله .

ولم تأت الشريعة بهذا النص لتساير به حال الجماعة ، فقد كان العرب يجيزون تعدد الزوجات إلى غير حد . ولم يكونوا يستسيغون تحديد عدد الزوجات ، وقد اضطر الكثيرون منهم بعد نزول النص إلى إبقاء أربعة فقط من أزواجهن وتطليق الباقيات ، لكن الشريعة جاءت بهذا النص لترفع به مستوى الجماعة ، ولأن وجوده ضرورى فى شريعة دائمة كاملة لا تقبل التغيير والتبديل .

ونظرية الشريعة فى تعدد الزوجات من النظريات التى لم تعترف بها القوانين الوضعية حتى الآن ، بل كانت هذه النظرية قديما مدعاة لتندر الأوربيين واستهجانهم ، وأداة يستخدمونها فى طعنهم على الإسلام ، أما اليوم فإن النظرية تجد لها فى نفوس علمائهم ومصلحيهم مكاناً وفى صحفهم السيارة موضعا ، ومن يدرى ؟ لعل اليوم الذى تأخذ فيه القوانين الوضعية بهذه النظرية قد اقترب ، فإن الحرب العظمى التى وقعت سنة ١٩١٤ والحرب الأخيرة التى وقعت سنة ١٩٣٩ قد ساعدت كلاهما على تهيئة الأذهان لهذه النظرية ، حيث قتل فى كل من الحربين عدد كثير من الرجال وترمل عدد كبير من النساء وزاد عدد النساء على عدد الرجال زيادة ظاهرة .

والحق أن الحروب لم تكن هى الدافع الوحيد الذى حمل الأوربيين على التفكير

فى إباحة تعدد الزوجات ، و إنما حملهم على ذلك أسباب أخرى متعددة منها انتشار المخالة بحيث أصبح لكل رجل عدد من الخليلات يشاركن زوجته فى رجولته وعطفه وماله ، بل قد يكون لإحداهن فى هذه أكثر من نصيب زوجته ، ومنها شيوع الزنا وما يترتب عليه من جنايات أقلها كثرة أبناء السفاح الذين يقذف بهم إلى الشوارع خوف العار ، وقتل الأجنة فى بطون أمهاتها ، ومنها الزيادة الطبيعية فى عدد النساء وحاجة هؤلاء إلى أن يكن زوجات وأمهات ، ومنها قلة النسل قلة ظاهرة فى الشعوب الأوربية ، فهذه الأسباب مجتمعة مع غيرها دعت الناس إلى أن يفكروا فى إباحة تعدد الزوجات باعتباره العلاج الطبيعى لهذه الظواهر والأمراض الاجتماعية الخطيرة

٣٢ - نظريات فى الإثبات والتعاقد : وهذه مجموعة من النظريات التى جاءت بها الشريعة الإسلامية نعرضها تحت عنوان واحد ، لأن القرآن جاء بها جميعاً فى آية واحدة هى آية الدين ، ولأن بعضها يتصل بالبعض الآخر اتصالا وثيقاً ، ولأننا سنتكلم عنها فقط بالقدر الذى يبرز فيها مميزات الشريعة .

وآية الدين التى نعنيها هى قول الله جل شأنه ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدَيْنٍ إلى أجلٍ مُسَمًّى فاكْتُبُوهُ ، ولْيكتبْ بينكم كاتبٌ بالعدلِ ، ولا يأْبَ كاتبٌ أن يكتُبَ كما علَّمَهُ اللهُ فليكتبْ ، ولْيُمْلِلِ الذى عليه الحقُّ ، ولْيَتَّقِ اللهَ ربه ولا يَبْخَسْ مِنْه شَيْئا ، فإن كان الذى عليه الحقُّ ، سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيعُ أنْ يُمِلَّ هُو فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بالعَدْلِ ، واستَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ من رجالِكم فإن لم يكونا رجلَيْنِ فرجُلٌ وامْرَأَتانِ ممن ترضَوْنَ من الشهداءِ أن تضِلَّ إحداهما فتذكِّرَ إحداهما الأُخرى ولا يَأْبَ الشُّهداء إذا ما دُعُوا ولا تسأموا أنْ تكتبوهُ صغيراً أو كبيراً إلى أَجَلِهِ ذلِكم أقسطُ عِندَ اللهِ وَأَقْوَمُ للشَّهادَةِ وَأَدْنَى ألاَّ ترتابوا إلاَّ أَنْ تكون تجارةً حاضرةً تُديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألاَّ تكتبوها ، وأشهِدُوا إذا تبايعتم ، ولا يضارَّ كاتب ولا شهيدٌ ، وإن تفعلوا فإنه فسوقٌ بكم واتَّقُوا الله ويعلمُكم اللهُ واللهُ بكلِّ شىءٍ عليم ﴾ [البقرة : ٢٨٢] .

ونص الآية يشمل عدداً من المبادىء التشريعية والنظريات الفقهية وسنبين أهمها فيما يلى :

٣٣ ـ نظرية الاثبات بالكتابة : فرضت الشريعة الإسلامية الكتابة وسيلة لإثبات الدين المؤجل سواء كبرت قيمة الدين أو صغرت،وذلك قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدينٍ إلى أجلٍ مسمى فاكتبوهُ ﴾ وقوله : ﴿ ولا تسأموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً إلى أجله ﴾ ويدخل تحت لفظ الدين كل التزام أيًّا كان نوعه ، لأن الالتزام ليس إلا دينا فى ذمة الملتزم للملتزم له ، فيدخل تحت لفظ الدين القرض والرهن والبيع بثمن مؤجل والتعهد بعمل وغير ذلك[1] .

أما التصرفات التى تتم فى الحال فليس من الواجب كتابتها مادام كل متعاقد قد وفى بالتزاماته واستوفى حقوقه كمن يشترى شيئاً من آخر ويتسامه ويسلمه الثمن فى الحال ، ومثل هذه التصرفات يجوز إثباتها بغير الكتابة مهما بلغت قيمتها إذا أثبتت باعتبارها وقائع لا باعتبارها التزامات لأن الوقائع المادية يجوز إثباتها بكل طرق الإثبات .

وظاهر من النص الذى فرض الكتابة أنه نص عام ومرن إلى حد بعيد ، وأنه يصلح للتطبيق اليوم كما كان صالحاً من ثلاثة عشر قرناً ، وكما سيكون صالحاً للمستقبل البعيد ، وهذه إحدى مميزات الشريعة التى هيأتها لتكون غير قابلة للتعديل والتبديل .

ويوم نزل هذا النص على رسول الله صلى الله عليه وسلم كان العرب أميين يعيشون فى أعماق البادية وفى خشونة من العيش ، وأمثال هؤلاء تقل بينهم المعاملات بحيث لا تحتاج إلى تشريع خاص ، ولو أن الشريعة كانت كالقانون

---

(١) كذلك يمكن قياس أى التزام على الدين إذا احتفظ لكلمة الدين بمعنى القرض لأن كليهما شىء مقوم التزم به بعد مضى أجل معين .

تأتى على قدر حاجة الناس لما جاء بها شىء خاص بإثبات الإلتزامات ، أو لجاء بها من الأحكام ما يتفق مع أمية العرب وجهالتهم ، أما أن تجىء الشريعة على هذا الوجه فتفرض على الأميين كتابة الصغير والكبير فذلك هو السمو الذى تتميز به الشريعة الكاملة الدائمة .

فرضت الشريعة الإسلامية الكتابة بين الأميين لتحملهم على أن يتعلموا فتتسع مداركهم وتتثقف عقولهم ، ويحسنوا فهم هذه الحياة الدنيا فيصبحوا — وقد تعلموا — أهلا لمنافسة الأمم الأخرى وللتفوق والسيطرة عليها ، وهذه أغراض اجتماعية وسياسية بحتة ، أما الغرض القانونى فهو حفظ الحقوق وإقامة الشهادات والابتعاد عن الريب والشكوك .

فالشريعة حين أوجبت الكتابة فى الصغير والكبير جاءتنا بنظرية عظيمة ذات وجوه سياسية واجتماعية وقانونية ، وهذه النظرية التى نزل بها القرآن على الرسول فى القرن السابع الميلادى هى من أحدث النظريات فى القوانين الوضعية وفى المذاهب الاجتماعية الحديثة ، فالدول قد بدأت من أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن الحالى تفرض على شعوبها أن يتعلموا تعليما إجباريا رجالا ونساء ، وهذا الذى تفرضه الدول على الشعوب إنما هو تطبيق للنظرية الإسلامية فى ناحيتها السياسية والاجتماعية . وقد بدأت الدول تأخذ بالناحية القانونية من النظرية فى أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر حين اشترط القانون الفرنسى الذى أخذت عنه القوانين الأوربية أن يكون الدين مكتوبا إذا زاد عن مقدار معين ، ولكن شراح القانون رأوا أن نظرية الإثبات بالكتابة تكون أكمل وأكثر توفيقا لو اشترطت الكتابة فى الصغير والكبير وظلوا ينادون برأيهم هذا حتى حققته أخيراً بعض دول أوروبا ، ولا يزال الشراح فى الدول الأخرى ينادون به ويأملون تحقيقه . وإذن فأحدث نظريات الإثبات فى عصرنا الحاضر هى نفس نظرية الشريعة الإسلامية أخذت بها بعض القوانين الوضعية ولا يزال الشراح فى بعض

الدول يطالبون دولهم أن تأخذ بها .

٣٤ — نظرية إثبات الدين التجاري : اشترطت الشريعة ـ كما بينا ـ الكتابة لإثبات الدين سواء كان الدين صغيراً أو كبيراً ، ولكنها استثنت من هذا المبدأ العام الدين التجارى[١] وأباحت إثباته بغير الكتابة من طرق الإثبات وذلك قوله تعالى : ﴿ إلاَّ أن تكون تجارة حاضرة تُدِيرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها ﴾ والعلة فِى استثناء الديون التجارية من شرط الكتابة أن الصفقات التجارية تقتضى السرعة ولا تحتمل الانتظار ، ولأن المعاملات التجارية أكثر عدداً وتكراراً وتنوعاً ، فاشتراط الكتابة فيها يؤدى إلى الحرج وقد يضيع فرصة الكسب على المشترى أو يعرض البائع للخسارة ، ومن أجل هذا لم تقيد الشريعة المعاملات التجارية بما قيدت به المعاملات المدنية من اشتراط الكتابة .

والنص المقرر لهذه النظرية عام ومَرِنٌ إلى آخر الحدود بحيث لا يحتاج على مَرِّ الأزمان تعديلا أو تبديلا ، وليس أدل على ذلك من صلاحيته لوقتنا الحاضر مع أنه نزل منذ أكثر من ثلاثة عشر قرناً

ومن يعرف شيئاً عن تاريخ العرب وحالهم وقت نزول النص يعلم أن النص لم ينزل مجاراة لحال الجماعة أو تمشياً مع ما وصلت إليه ، وإنما كان نزول النص ضرورة لتكميل الشريعة الدائمة الكاملة ولرفع مستوى الجماعة وتوجيههم الوجهة الصالحة .

وليس أدل على سمو الشريعة وكمالها من أن نظرياتهافى إثبات الدين التجارى

---

(١) استثنت الشريعة أيضاً من الإثبات بالكتابة حالة الضرورة وذلك قوله تعالى [وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذى اؤتمن أمانته] .

هى نفس النظرية السائدة اليوم فى القوانين الوضعية الحديثة ، وأنها تعتبر أحدث ما وصل إليه القانون الوضعى فى عصرنا الحاضر .

٣٥ـ نظرية حوه الملتزم في إملاء العقد : جاءت الشريعة الإسلامية بمبدأ عام أوجبته فى كتابة العقود هو أن يملى العقد الشخص الذى عليه الحق أو بمعنى آخر أضعف الطرفين ، والمقصود من هذا المبدأ العام هو حماية الضعيف من القوى ، فكثيراً ما يستغل القوى مركزه فيشترط على الضعيف شروطاً قاسية ، فإن كان دائنا مثلا قسا على المدين ، وإن كان صاحب عمل سلب العامل كل حق واحتفظ لنفسه بكل حق ، ولا يستطيع المدين أو العامل أن يشترطا لنفسيهما أو يحتفظا بحقوقهما لضعفهما ، فجاءت الشريعة وجعلت إملاء العقد للطرف الضعيف لتحفظ به حقوقه ، ولتحميه من التورط ، ولتكون شروط العقد معلومة له حق العلم ، وليقدر ما التزم به حق قدره .

وهذه الحالة التى عالجتها الشريعة من يوم نزولها هى من أهم المشاكل القانونية فى عصرنا الحاضر ، وقد برزت فى أوربا فى القرن الماضى على أثر نمو النهضة الصناعية وتعدد الشركات وكثرة العمال وأرباب الأعمال ، وكان أظهر صور المشكلة أن يستغل رب العمل حاجة العامل إلى العمل أو حاجة الجمهور إلى منتجاته فيفرض على العامل أو على المستهلك شروطاً قاسية يتقبلها العامل أو المستهلك وهو صاغر ، إذ يقدم عقد العمل أو عقد الاستهلاك مكتوباً مطبوعاً فيوقعه تحت تأثير حاجته للعمل أو حاجته للسلعة ، بينما العقد يعطى لصاحب العمل كل الحقوق ويرتب على العامل أو المستهلك كل التبعات .

ذلك العقد الذى نسميه اليوم فى اصطلاحنا القانونى « عقد الإذعان » .

وقد حاولت القوانين الوضعية أن تحل هذا المشكل ، فاستطاعت أن تحله بين المنتج والمستهلك بفرض شروط تحمى المستهلك من المنتج ، وبتعيين سعر السلعة ، ولكنها لم تستطع أن تحل إلا بعض نواحى المشكلة بين أصحاب العمل

والعمال ، مثل إصابات العمال والتعويضات التى يستحقها العامل إذا أصيب أوطرد من عمله ، لأن التدخل بين صاحب العمل والعامل فى كل شروط العمل مما يضر بسير العمل والإنتاج ، وبقيت من المشكلة نواح هامة كأجر العامل وساعات العمل ومدة الإجازات وغيرها ، يحاول العمال من ناحيتهم حلها بتأليف النقابات والاتحادات وتنظيم الإضرابات ، ويرى العمال أن حل مشاكلهم لن يتأتى إلا إذا كان لهم حق إملاء شروط عقد العمل ، ويظاهرهم على ذلك بعض المفكرين والكتاب ، فهذا الحق الذى يطالب به العمال فى كل أنحاء العالم والذى أضرب العمال من أجله وهددوا السلم والنظام فى دول كثيرة فى سبيل تحقيقه ، هذا الحق الذى حقق القانون الوضعى بعضه ولم يحقق بعضه الآخر والذى يأمل العمال أن يتحقق كله إن قريباً أو بعيداً ، هذا الحق قررته الشريعة الإسلامية كاملا للضعفاء على الأقوياء والملتزمين على الملتزم لهم وجاء به القرآن فى آية الدين ﴿وَلْيُمْلِلِ الذى عليه الحقُّ وليتق اللهَ ربهُ ولا يبخس منه شيئاً ، فإن كان الذى عليه الحقُّ سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يُمِلَّ هو فليملل وَلِيُّهُ بالعدل﴾ .

وظاهر أن صيغة النص بلغت من العموم والمرونة كل مبلغ .

وهذا هو الذى جعل الشريعة تمتاز بأنها لا تقبل التغيير والتبديل .

ووجود هذا النص فى الشريعة دليل بذاته على سموّها وكمالها ورقيها وعدالتها فقد جاءت به منذ أكثر من ثلاثة عشر قرناً ، بينما القوانين الوضعية لم تصل إلى تقرير مثله حتى الآن مع مايدعى لها من الرقى والسمو .

٣٦ ـ **نظرية تحريم الامتناع عن تحمل الشهادات** : حرمت الشريعة على الإنسان أن يدعى للشهادة فيمتنع عنها ، أو أن يشهد واقعة فيكتمها ، أو يذكرها على غير حقيقتها ، وقد نص على الحالة الأولى فى آية الدين فى قوله تعالى : ﴿ولا يأب الشهداء إذا ما دُعوا﴾ والمقصود إباؤهم حينما يدعون ليشهدوا تصرفاً مّا

أو واقعة معينة ، فالنص جاء خاصاً بتحمل الشهادة وليس خاصاً بأدائها . أما الحالتان الثانية والثالثة فقد نص عليهما فى قوله تعالى : ﴿ ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه ﴾ [البقرة : ٢٨٣] وفى قوله : ﴿ يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين إن يكن غنياً أو فقيراً فالله أولى بهما فلا تتبعوا الهوى أن تعدلوا وإن تلووا أو تعرضوا فإن الله كان بما تعملون خبيراً ﴾ [النساء : ١٣٥] والنصان الأخيران خاصان بتحريم كتمان الشهادة أو الامتناع عن أدائها وبتحريم شهادة الزور .

والقوانين الوضعية اليوم تأخذ بنظرية الشريعة فى تحريم شهادات الزور أو كتمان الشهادة ، ولكنها لم تصل بَعْدُ إلى تحريم الامتناع عن تحمل الشهادة ، ولاشك أن الشريعة تتفوق على القوانين الوضعية من هذه الوجهة . فإن المصلحة العامة تقضى بالتعاون على حفظ الحقوق وبتسهيل المعاملات بين الناس ، والامتناع عن تحمل الشهادة يقضى إلى تضييع الحقوق ، ويؤدى إلى تعقيد المعاملات وبطئها وهناك عقود لا بد فيها من حضور الشهود كعقد الزواج .

فإذا كان الامتناع عن تحمل الشهادات مباحا تعطلت هذه العقود .

ومن ير النصوص التى جاءت فى تحريم الامتناع عن تحمل الشهادة أو فى تحريم كتمانها أو تغييرها يعلم مدى ما بلغته هذه النصوص من العموم والمرونة ويفهم العلة فى أن الشريعة لا تقبل التعديل أو التبديل .

ومن يقارن الشريعة الإسلامية بالقوانين الوضعية يعلم مدى ما وصلت إليه الشريعة من السمو والكمال ، ويتبين أن نصوص الشريعة لم ترد مسايرة لحال الجماعة وإنما وردت لتكمل الشريعة بما تحتاج إليه الشريعة الكاملة الدائمة ، ولترفع مستوى الجماعة حتى تقترب من مستوى الشريعة الكامل .

٣٦ - أحكام أخرى فى آية الدين : هذه أربع نظريات جاءت بها آية واحدة من القرآن هى آية الدين أخذت القوانين الوضعية الحديثة باثنين منها وبدأت

تأخذ بالثالثة ولم تأخذ بَعْدُ بالرابعة ، وليست هذه النظريات الأربع هى كل أحكام آية الدين ، وإنما هى بعض أحكامها ، فالآية تشترط أن يكون الكاتب محايداً عدلا عالما بأحكام الشريعة فيما يكتبه ، وتوجب عليه أن لا يمتنع عن الكتابة وتشترط أن يشهد على سند الدين رجلان أو رجل وامرأتان ، وتوجب عدم الإضرار بالكاتب أو الشاهد ، وهذه كلها مبادىء عامة لا نستطيع أن نستعرضها جميعاً فى هذا الكتاب الذى خصصناه للمبادىء العامة الجنائية وإذا كنا قد تكلمنا عن نظريات دستورية واجتماعية وإدارية ومدنية فإنما قصدنا من ذلك أن نبين أن نصوص الشريعة فى كل ما جاءت فيه تتميز بالكمال والسمو والدوام حتى لايظن البعض أن هذه المميزات تتوفر فى قسم دون آخر من الشريعة .

٣٨ - *تذكير* : وقبل أن أنتقل إلى موضوع البحث أحب أن أقول للمسلمين الذين يعتقدون - خطأ - أن الشريعة الإسلامية لا تصلح للتطبيق فى عصرنا الحاضر أحب أن أقول لهؤلاء إن هذه العقيدة لا تتفق مع عقيدة الإسلام الذى يدّعونه ويحرصون على التمسك به ، وأن عليهم أن يذكروا قوله تعالى : ﴿ أفتؤمنونَ ببعض الكتابِ وتكفرونَ ببعض فما جزاء مَنْ يفعل ذلك منكم إلاّ خِزْىٌ فى الحياةِ الدنيا ويوم القيامة يُرَدُّونَ إلى أشَدِّ العذاب وما الله بغافل عما تعملون﴾[البقرة٨٥] وليعلم هؤلاء أن سبب تأخرنا وانحطاطنا هو أننا لم نطبق الشريعة تطبيقاً عادلا ولا كاملا فى عهودنا المظلمة المتأخرة ، وأن حكامنا من الأتراك والمماليك كانوا يحكمون هواهم فى كل ما يهتمون به ، ويحكمون الشريعة فيما لايضرهم ولا ينفعهم. وإذا كان سبب تأخرنا هو إهمال الشريعة وترك أحكامها فلن يجدينا الأخذ بالقوانين شيئا ، بل سيزيدنا تأخراً على تأخر وانحطاطاً على انحطاط ، وإنما علاجنا المجدى هو القضاء على سبب التأخر والعودة لأحكام الشريعة .

لقد طبق آباؤنا بعض أحكام الشريعة دون البعض الآخر ، وآمنوا ببعض الكتاب وكفروا ببعضه ؛ فصدقهم الله وعده - إن وعد الله حق - وأخزاهم

فى الحياة الدنيا ، وجئنا نحن على آثارهم نتبعهم ونؤمن إيمانهم فأحزانا الله كما أخزاهم ، وسلط علينا كما سلط عليهم ، وجعلنا عبرة لأولى الألباب . ولن يغير الله مابنا حتى نغير ما بأنفسنا وقلوبنا ونؤمن بالكتاب كله ، ذلك وعد الله ، والله يقول الحق وقد قال : ﴿ إن اللهَ لا يغيِّرُ مابقومٍ حتى يغيِّرُوا ما بِأَنفسِهِمْ ﴾ [الرعد : ٢٦]

لقد آمن المسلمون الأوائل وحسن إيمانهم فمكّن الله لهم فى الأرض ، وإن الذى مكن لهم على قلتهم وضعفهم قادر أن يمكن لنا فى الأرض إذا آمنا وحسن إيماننا ، ذلك وعد الله لعباده فى قوله : ﴿وعد الله الذين آمنوا منكم وعملوا الصالحات لَيَسْتَخْلِفَنَّهُمْ فى الأرض كما استخلَفَ الذين من قبلهم ﴾ [النور : ٥٥] وذلك وعده لمن اتبع كتابه وتمسك بشريعته حيث يقول جل شأنه : ﴿ قد جاءكم من الله نورٌ وكتابٌ مُبِينٌ يهدى به الله مَنِ اتَّبَعَ رضْوَانه سُبُلَ السلامِ ويُخرجُهم من الظلمات إلى النورِ بإذنه ويهديهم إلى صراطٍ مستقيمٍ ﴾ [المائدة : ١٦]

* * *

منهج البحث

٣٩ ـ سنتناول فى هذا البحث القسم العام الجنائى فى الشريعة .

والكلام على هذا القسم يقتضى الكلام عن موضوعين، أولهما الجريمة ، وثانيهما العقوبة ومن ثم رأينا أن نخصص لكل منهما كتابا خاصا .

ولما كان الكلام على الجريمة يقتضى تناول الجريمة بصفة عامة ثم تناول أركانها ، فقد رأينا أن نجعل الكتاب الأول قسمين :

أولهما خاص بالجريمة بصفة عامة .

والثانى خاص بأركانها .

وكل قسم يشتمل على أبواب وفصول ومباحث بقدر ما يقتضيه الحال .

أما الكلام على العقوبة فيشمل الكلام على ماهية العقوبة ، والمبادىء التى يقوم عليها العقاب ، وأقسام العقوبات وأنواعها . وتعدد العقوبات ، وتنفيذها والقود ، وسقوط العقوبات .

وسنخصص لكل حالة من هذه الحالات باباً خاصاً .

الكتاب الأول

فى

الجريمة

القسم الأول

من

الكتاب الأول

٤٠ ـ سنتكلم فى هذا القسم على موضوعين : أولهما ماهية الجريمة ، وثانيهما أنواع الجريمة ، وسنخصص لكل موضوع من هذين الموضوعين باباً خاصاً .

الباب الأول

ماهية الجريمة

٤١ ـ **تعريف الجريمة** : تعرف الجرائم فى الشريعة الإسلامية بأنها محظورات شرعية زجر الله عنها بحد أو تعزير [١] . والمحظورات هى : إما إتيان فعل منهى عنه ، أو ترك فعل مأمور به ، وقد وصفت المحظورات بأنها شرعية ، إشارة إلى أنه يجب فى الجريمة أن تحظرها الشريعة .

فالجريمة إذن هى إتيان فعل محرم معاقب على فعله ، أو ترك فعل محرم الترك معاقب على تركه ، أو هى فعل أو ترك نصت الشريعة على تحريمه والعقاب عليه .

ويتبين من تعريف الجريمة أن الفعل أو الترك لا يعتبر جريمة إلا إذا تقررت عليه عقوبة . ويعبر الفقهاء عن العقوبات بالأجزية ، ومفردها جزاء ، فإن لم تكن على الفعل أو الترك عقوبة فليس بجريمة .

---

(١) الأحكام السلطانية للماوردى ص ١٩٢ .

وتتفق الشريعة تمام الاتفاق مع القوانين الوضعية الحديثة فى تعريف الجريمة ، فهذه القوانين تعرف الجريمة بأنها إما عمل يحرمه القانون ، و إما امتناع عن عمل يقضى به القانون ، ولا يعتبر الفعل أو الترك جريمة فى نظر القوانين الوضعية إلا إذا كان معاقباً عليه طبقاً للتشريع الجنائى[1] .

٤٢ – الجريمة والجناية : وكثيراً ما يعبر الفقهاء عن الجريمة بلفظ الجناية ، والجناية لغة : اسم لما يجنيه المرء من شر وما اكتسبه ، تسمية بالمصدر من جنى عليه شراً ، وهو عام ، إلا أنه خص بما يحرم دون غيره – أما فى الاصطلاح الفقهى فالجناية : اسم لفعل محرم شرعا ، سواء وقع الفعل على نفس أو مال أو غير ذلك. لكن أكثر الفقهاء تعارفوا على إطلاق لفظ الجناية على الأفعال الواقعة على نفس الإنسان أو أطرافه ، وهى القتل والجرح والضرب والإجهاض[2] بينما يطلق بعضهم لفظ الجناية على جرائم الحدود والقصاص[3] .

و إذا غضضنا النظر عما تعارف عليه الفقهاء من إطلاق لفظ الجناية على بعض الجرائم دون البعض الآخر ، أمكننا أن نقول : إن لفظ الجناية فى الاصطلاح الفقهى مرادف للفظ الجريمة .

ويختلف معنى الجناية الاصطلاحى فى القانون المصرى عنه فى الشريعة ، ففى القانون المصرى يعتبر الفعل جناية إذا كان معاقباً عليه بالإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة أو الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن ، طبقاً للمادة العاشرة من قانون العقوبات المصرى ، فإذا كانت عقوبة الفعل حبساً يزيد على أسبوع ، أو غرامة تزيد على مائة قرش ، فالفعل جنحة ، فإن لم يزد الحبس على أسبوع ، أو الغرامة عن مائة قرش ، فالفعل مخالفة ، طبقا للمادتين ١١ ، ١٢ من قانون العقوبات المصرى .

---

(١) الأحكام العامة فى القانون الجنائى لعلى بك بدوى جزء أول ص ٣٩ – الموسوعة الجنائية جزء ثالث ص ٦ .

(٢) البحر الرائق الجزء الثامن ص ٢٨٦ ، والزيلعى الجزء السادس ص ٩٧ .

(٣) تبصرة الحكام جزء ثان ص ٢١٠ .

أما فى الشريعة فكل جريمة هى جناية ، سواء عوقب عليها بالحبس والغرامة أم بأشد منهما ، وعلى ذلك فالمخالفة القانونية تعتبر جناية فى الشريعة ، والجنحة تعتبر جناية ، والجناية فى القانون تعتبر جناية فى الشريعة أيضاً .

وأساس الخلاف بين الشريعة والقانون هو أن الجناية فى الشريعة تعنى الجريمة أيا كانت درجة الفعل من الجسامة ، أما الجناية فى القانون فتعنى الجريمة الجسيمة دون غيرها .

٤٣ ـ علة التحريم والعقاب : والأفعال المعتبرة جرائم يؤمر بها أو ينهى عنها ، لأن فى إتيانها أو فى تركها ضرراً بنظام الجماعة أو عقائدها ، أو بحياة أفرادها ، أو بأموالهم ، أو بأعراضهم ، أو بمشاعرهم ، أو بغير ذلك من شتى الاعتبارات التى تستوجب حال الجماعة صيانتها وعدم التفريط فيها .

وقد شرع العقاب على الجريمة لمنع الناس من اقترافها ، لأن النهى عن الفعل أو الأمر بإتيانه ، لا يكفى وحده لحمل الناس على إتيان الفعل أو الانتهاء عنه ، ولولا العقاب لكانت الأوامر والنواهى أموراً ضائعة وضربا من العبث، فالعقاب هو الذى يجعل للأمن والنهى معنى مفهوما ونتيجة مرجوّة ، وهو الذى يزجر الناس عن الجرائم ، ويمنع الفساد فى الأرض ، ويحمل الناس على الابتعاد عما يضرهم ، أو فعل ما فيه خيرهم وصلاحهم .

والعقوبات وإن شرعت للمصلحة العامة فإنها ليست فى ذاتها مصالح بل هى مفاسد ، ولكن الشريعة أوجبتها لأنها تؤدى إلى مصلحة الجماعة الحقيقية ، وإلى صيانة هذه المصلحة . وربما كانت الجرائم مصالح ، ولكن الشريعة نهت عنها لا لكونها مصالح ، بل لأدائها إلى المفاسد ، فالزنا وشرب الخمر والنصب واختلاس مال الغير وهجر الأسرة والامتناع عن إخراج الزكاة : كل ذلك قد يكون فيه مصلحة للأفراد ، ولكنها مصالح ليس لها اعتبار فى نظر الشارع ، وقد نهى عنها لا لكونها مصالح ، بل لأنها تؤدى إلى إفساد الجماعة .

والأفعال التي هي مصلحة محضة أو مفسدة محضة قليلة جداً ، وأكثر الأفعال تختلط فيها المصالح والمفاسد ، والإنسان بطبعه يؤثر مارجحت مصلحته على مفسدته ، وينفر مما ترجح مفسدته على مصلحته ، ولكنه في اختياره ينظر لنفسه لا للجماعة ، فيؤثر ما فيه مصلحته ولو أضر بالجماعة ، وينفر مما يراه مفسدة عليه ولو كان فيه مصلحة للجماعة . وقد شرعت العقوبات بما فيها من التهديد والوعيد والزجر ، علاجا للطبيعة الإنسانية ، فإن الإنسان إذا نظر إلى مصلحته الخاصة وما يترتب عليها من العقوبات ، نفر منها بطبعه ، لرجحان المفسدة على المصلحة . وكذلك إذا ما فكر في الواجب وما يجلبه عليه من المشاق ، فقد يدعوه ذلك لتركه ، لكنه إذا ذكر مايترتب على الترك من عقوبة ، حمله ذلك على إتيان الفعل ، والصبر على المكروه والمشقة . فالعقوبات مقررة لحمل الناس على مايكرهون مادام أنه يحقق مصلحة الجماعة ، ولصرفهم عما يشتهون مادام أنه يؤدي إلى إفساد الجماعة . وهذا مصداق قوله عليه السلام : « حفت الجنة بالمكاره وحفت النار بالشهوات » .

ومن المسلم به أن هناك أناسا يفعلون الفعل لأنه مأمور به ، وينتهون عنه لأنه منهيّ عنه ، لا حذرا من العقوبة ، ولا خوفا من النكال ، ولكن حياء وخجلا أن يكونوا عاصين ، ومبادرة للطاعة ، وتحقيقا لمصلحة الجماعة ، ولكن أمثال هؤلاء قليلون جداً ، والأحكام تشرع للكثرة الغالبة ، لا لمثل هذه القلة النادرة .

وخلاصة ما تقدم : أن الشريعة الإسلامية اعتبرت بعض الأفعال جرائم وعاقبت عليها ، لحفظ مصالح الجماعة ، ولصيانة النظام الذي تقوم عليه الجماعة ، ولضمان بقاء الجماعة قوية متضامنة متخلقة بالأخلاق الفاضلة ، والله الذي شرع هذه الأحكام وأمر بها ، لا تضره معصية عاص ولو عصاه أهل الأرض جميعا ، ولا تنفعه طاعة مطيع ولو أطاعه أهل الأرض جميعا ، ولكنه كتب على نفسه الرحمة لعباده ، ولم يرسل الرسل إلا رحمة للعالمين ، لاستنقاذهم من الجهالة ،

وإرشادهم من الضلالة ، ولكفهم عن المعاصى ، وبعثهم على الطاعة .

٤٤ — **الشريعة والقانون** : وتتفق الشريعة الإسلامية مع القوانين الوضعية فى أن الغرض من تقرير الجرائم والعقاب عليها هو حفظ مصلحة الجماعة ، وصيانة نظامها ، وضمان بقائها .

ولكن الشريعة ـ بالرغم من هذا الاتفاق الظاهر ـ تختلف عن القوانين الوضعية من وجهين :

٤٥ - **الوجه الأول من الخلاف بين الشريعة والقانون** : تعتبر الشريعة الأخلاق الفاضلة أولى الدعائم التى يقوم عليها المجتمع ، ولهذا فهى تحرص على حماية الأخلاق وتتشدد فى هذه الحماية بحيث تكاد تعاقب على كل الأفعال التى تمس الأخلاق . أما القوانين الوضعية ، فتكاد تهمل المسائل الأخلاقية إهمالا تاما ، ولا تعنى بها إلا إذا أصاب ضررها المباشر الأفراد أو الأمن أو النظام العام، فلا تعاقب القوانين الوضعية مثلا على الزنا إلا إذا أكره أحد الطرفين الآخر ، أو كان الزنا بغير رضاه رضاء تاما ، لأن الزنا فى هاتين الحالتين يمس ضرره المباشر الأفراد كما يمس الأمن العام . أما الشريعة فتعاقب على الزنا فى كل الأحوال والصور ،لأنها تعتبر الزنا جريمة تمس الأخلاق ، و إذا فسدت الأخلاق فقد فسدت الجماعة وأصابها الانحلال . وأكثر القوانين الوضعية لا تعاقب على شرب الخمر ، ولا تعاقب على السكر لذاته، وإنما تعاقب السكران إذا وجد فى الطريق العام فى حالة سكر بيّن ، فالعقاب على وجوده فى حالة سكر بيّن فى الطريق العام، لأن وجوده فى هذه الحال يعرض الناس لأذاه واعتدائه ، وليس العقاب على السكر لذاته باعتباره رذيلة ، ولا على شرب الخمر باعتبار أن شربها مضر بالصحة متلف للمال مفسد للأخلاق . أما الشريعة فتعاقب على مجرد شرب الخمر ولو لم يسكر منها الشارب لأنها تنظر إلى الجريمة من الوجهة الخلقية التى تتسع كما نعلم لشتى المناحى والاعتبارات فإذا

صينت الأخلاق فقد صينت الصحة والأعراض والأموال والدماء وحفظ الأمن والنظام .

والعلة فى اهتمام الشريعة بالأخلاق على هذا الوجه ، أن الشريعة تقوم على الدين ، وأن الدين يأمر بمحاسن الأخلاق ، ويحث على الفضائل ، ويهدف إلى تكوين الجماعة الصالحة الخيِّرة ، ولما كان الدين لا يقبل التغيير والتبديل ، ولا الزيادة والنقص ، فمعنى ذلك أن الشريعة ستظل ما بقى الدين الإسلامى حريصة على حماية الأخلاق ، آخذة بالشدة من يحاول العبث بها .

والعلة فى استهانة القوانين الوضعية بالأخلاق ، أن هذه القوانين لا تقوم على أساس من الدين ، وإنما تقوم على أساس الواقع وما تعارف الناس عليه من عادات وتقاليد . والقواعد القانونية الوضعية يضعها عادة الأفراد الظاهرون فى المجتمع بالاشتراك مع الحكام ، وهم يتأثرون حين وضعها بأهوائهم ، وضعفهم البشرى ، ونزعاتهم الطبيعية إلى التحلل من القيود . كذلك فإن هذه القواعد قابلة للتغيير والتبديل بحسب أهواء القائمين على أمر الجماعة . فكان من الطبيعى أن تهمل القوانين الوضعية المسائل الأخلاقية شيئاً فشيئاً ، وأن يأتى وقت تصبح فيه الإباحية هى القاعدة والأخلاق الفاضلة هى الاستثناء ، ولعل البلاد التى تطبق القوانين الوضعية قد وصلت إلى هذا الحد الآن .

ويترتب على هذا الفرق بين الشريعة والقوانين الوضعية ، أن يزيد عدد الأفعال التى تكوّن الجرائم الأخلاقية ، ويتسع مداها فى البلاد التى تطبق الشريعة وأن يرتفع مستوى الأخلاق والقيم الروحية إلى أعلى درجاته فى هذه البلاد . أما البلاد التى تطبق القوانين الوضعية فإن مستوى الأخلاق فيها ينحط إلى أدنى دركاته وترتفع القيم المادية بينما تنحط القيم الروحية ، وتتفشى الإباحية البهيمية ، وتنكمش الإنسانية ، وتقل الأفعال التى تعتبر جرائم أخلاقية حتى لتكاد تنعدم .

٤٦ — الوجه الثانى من الخلاف بين الشريعة والقانون : إن مصدر الشريعة الإسلامية هو الله ، لأنها تقوم على الدين ، والدين من عند الله ، أما مصدر القوانين الوضعية فهم البشر الذين يقومون بوضع هذه القوانين . ومن يراجع الجرائم والعقوبات فى الشريعة الإسلامية يتبين أن بعض الأفعال قد اعتبرت جرائم ، وقررت عقوبتها بنص القرآن ، وأن البعض قد اعتبر جريمة أو تقررت عقوبته بفعل الرسول أو قوله ، وأن البعض الآخر قد ترك فيه تحديد الفعل المكون للجريمة والعقوبة المقررة لها إلى الهيئة الحاكمة ، ولكن لم يترك لهذه الهيئة أن تفعل ماتشاء ، بل هى مقيدة فى اعتبار الفعل جريمة ، وفى تقرير العقوبة عليه بقواعد الشريعة العامة وروحها ، فليس لها أن تحرم ما أحل الله ، ولا أن تحل ماحرمه ، ولا أن تعاقب بغير ما أمر به ، ولا بما يخالف قواعد الشريعة وروحها العامة ، ومن ثم يمكن القول بأن القسم الجنائى فى الشريعة كله من عند الله ، ولو أن تقرير بعض الجرائم وتحديد عقوبتها من عمل البشر ما دام أنهم يعملون فى حدود ما أنزل الله على رسوله :

٤٧ — ما يترتب على كون الشريعة من عند الله : ويترتب على كون الشريعة من عند الله نتيجتان هامتان :

النتيجة الأولى : ثبات القواعد الشرعية واستمرارها ، ولو تغير الحكام أو اختلفت أنظمة الحكم ، فيستوى أن تكون الهيئة الحاكمة محافظة أو مجددة ، ويستوى أن يكون نظام الحكم جمهورياً أوملكياً ، فإن ذلك لن يؤثر على القواعد الشرعية فى شىء مّا ، لأن القواعد الشرعية لا ترتبط بالهيئة الحاكمة ولا بنظام الحكم وإنما ترتبط بالدين الإسلامى الذى لا يتغير ولا يتبدل ، والذى يؤمن به كل حا[كم] ويستخدم له كل نظام . وليس الأمر كذلك فى القوانين الوضعية التى يضعها الحكام لحماية المبادىء التى يعتنقونها ، وخدمة الأنظمة التى يقيمونها ، فإن هذه

القوانين عرضة للتغيير المستمر ، وفى طبيعتها عدم الاستقرار ، ويكفى أن تتغير الهيئة الحاكمة أو يتغير النظام القائم ، لتتغير القوانين وتنقلب الأوضاع .

النتيجة الثانية : احترام القواعد الشرعية احتراماً تاماً ، بحيث يستوى فى هذا الفريق الحاكم ، والفريق المحكوم ، لأن كليهما يعتقد أنها من عند الله، وأنها واجبة الاحترام ، وهذا الاعتقاد بالذات يحمل الأفراد على طاعة القواعد الشرعية ، لأن الطاعة تقربهم من الله طبقاً لقواعد الدين الإسلامى ، ولأن العصيان يؤدى إلى العقوبة فى الدنيا وإلى ما هو شر من العقوبة فى الآخرة ؛ فنسبة الشريعة إلى الله أدت إلى احترام الأفراد لها وطاعتها، وكل شريعة فى العالم تقدر قيمتها بقدر مالها فى نفوس الأفراد من طاعة واحترام، وليس فى العالم اليوم شريعة تدانى الشريعة الإسلامية فى هذا ، ولا شك أنه كلما ازداد احترام الأفراد لشريعتهم وزادت طاعتهم لها ، استقرت أمورهم ، وحسنت أحوالهم ، وتفرغوا لشئون دنياهم .

هذا هو شأن الشريعة وما ترتب على نسبتها لله جل شأنه، أما القوانين الوضعية فهى كما قلنا من صنع الفئة الحاكمة ، وهى حين تضعها تراعى مصلحتها دون غيرها من الفئات، وتحاول أن تحمى بالقوانين أشخاص رجالها ، والمبادىء التى يعتنقونها ، والأنظمة التى يقيمونها ، فإذا ما ذهبت هذه الفئة وجاء غيرها ، تغيرت القوانين لتحمى الفئة الجديدة ، والمبادىء الجديدة، والأنظمة الجديدة ، وهكذا تتغير القوانين بتغير الحاكمين والمبادىء والأنظمة التى يقوم عليها الحكم ، وهى لا تفتأ تتغير وتتبدل بين حين وآخر ، وهذا يؤدى إلى عدم احترام القانون وإلى ذهاب سطوته من النفوس ، بل إلى عدم الاكتراث به ، حتى لقد أصبحنا اليوم نرى الأحزاب الحاكمة تحرض أنصارها على الاستهانة بالقانون والخروج على أحكامه لتصل بذلك إلى أغراضها ، وما على الأحزاب المعارضة وأصحاب الدعوات الجديدة أو الثورات الهدامة حرج فيما يدعون إليه ، ما داموا يرون أن القانون من صنع أفراد مثلهم، وأنه وضع لحماية أناس ليسوا خيراً منهم ، أو أنظمة هى شرّ فى نظرهم،

ولعل فيما هو حادث اليوم فى البلاد الأوربية من تبدل الأنظمة والحكام وشكل الحكومات الدليل المقنع على زوال سطوة القانون من نفوس الأفراد ولو استمر الحال على ذلك لذهبت كل قيمة للقوانين الوضعية ، وأصبحت لا تساوى أكثر من الورق الذى كتبت عليه

ويجب أن لا ننسى أن نسبة الشريعة الإسلامية لله إنما هى تقرير للواقع والمنطق ، فمن يؤمن بأن الدين الإسلامى من عند الله وجب عليه أن يؤمن بأن الشريعة الإسلامية من عند الله ، لأن الشريعة هى بالذات القواعد التشريعية للدين الإسلامى ، جمعت أحكامه من عبادات ، ومعاملات ، وأحوال شخصية وجنايات ، وغير ذلك . وليس الغرض من الشريعة خدمة فرد أو هيئة أو جنس أو نظام معين ، وإنما وجدت الشريعة لخدمة بنى الإنسان كافة على اختلاف ألوانهم وألسنتهم ومناهجهم ، كما وجدت لإقرار المساواة والعدالة بينهم ، ولتيسير أمورهم . فنسبتها إلى الله لا تفيده جل شأنه شيئاً لأنه غنىٌّ عن خلقه ، وإنما تفيد هذا المجتمع الضال الهداية والاستقرار ، وتعود عليه بالاطمئنان والثقة ، وتؤدى به إلى الحياة الطيبة القائمة على المحبة والإيثار ، والمساواة والعدالة .

٤٨ — *الجرائم التأديبية أو الأخطاء الإدارية* : لم يفرق الفقهاء بين الجريمة الجنائية والجريمة التأديبية أو الأخطاء الإدارية كما يفرق بينهما شراح القانون اليوم والعلة فى ذلك ترجع إلى طبيعة العقوبات فى الشريعة من ناحية ، وإلى تحقيق العدالة من ناحية أخرى . فالجرائم فى الشريعة إما أن تكون جرائم حدود ، أو جرائم قصاص ، أو جرائم تعازير ، والخطأ الإدارى إذا لم يكن جريمة من جرائم الحدود أو القصاص فهو جريمة من جرائم التعازير ، فإذا كوّن الخطأ الإدارى جريمة يعاقب عليها بحد أو قصاص ،عوقب عليه بهذه العقوبة ، ومحاكمة الجانى جنائياً ومعاقبته بالعقوبات المقررة لجرائم الحدود والقصاص تمنع من محاكمته تأديبياً وتوقيع عقوبات تأديبية عليه ، لأن هذه العقوبات التأديبية لن تكون

إلا عقوبات تعزيرية ، وهى عقوبات جنائية ، فكأن الجانى يعاقب مرتين بعقوبات جنائية على فعل واحد ، فضلا عن أن عقوبات الحدود والقصاص هى أشد العقوبات فى الشريعة ، وفيها الكفاية لتأديب الجانى وزجره .

وإذا كان الجانى موظفاً فإنه يمكن عزله أو وقفه عن الوظيفة إذا ثبتت عليه الجريمة ، ويصح اعتبار العزل والوقف عقوبة تعزيرية سببها ارتكاب الجريمة كما يصح أن يقال : إن العزل والوقف لم يقصد بهما العقاب ، وأن سببهما زوال صلاحية الجانى لشغل الوظيفة أو مباشرة أعمالها ، لأن الوظائف فى الأصل لا يتولاها المجرمون ، فإذا تولاها من ليس مجرما ثم أجرم أصبح بإجرامه غير صالح لتولى الوظيفة حيث زالت صلاحيته بارتكابه الجريمة .

وإذا لم تكن الجريمة التى ارتكبها الموظف حدا أو قصاصا فهى من التعازير ، لأن كل ما عدا الحدود والقصاص يدخل فى التعازير سواء جاءت به نصوص الشريعة أم حرمته الهيئة التشريعية طبقا للسلطان الذى منحته لها نصوص الشريعة ، وإذا كانت الجريمة من التعازير فلا تجوز فيها المحاكمة التأديبية ، لأن العقوبات التأديبية كالتوبيخ والإنذار والعزل وما أشبه ذلك ، كل هذه عقوبات تعزيرية فلو حوكم الموظف مثلا تأديبيا ثم حوكم جنائيا لعوقب كل مرة بعقوبة تعزيرية ، ولكانت النتيجة أنه حوكم مرتين على فعل واحد هو جريمة تعزيرية ، وعوقب مرتين على نفس الفعل بعقوبة تعزيرية أى عقوبة جنائية ، وهذا ما تأباه نصوص الشريعة ، لأن القاعدة العامة فيها أن لا يعاقب الإنسان على فعل واحد مرتين فالمانع إذن من اعتبار الجريمة تأديبية ، أن الفعل يعتبر جريمة جنائية ، وأن العقوبة التى يمكن أن توقع فى المحاكمة التأديبية هى نفس العقوبة التى يمكن أن توقع فى المحاكمة الجنائية ، أى أن المانع هو اتحاد الفعل واتحاد العقوبة .

والأسباب التى منعت من وجود الجريمة التأديبية فى الشريعة الإسلامية ، تتوفر بصورة عكسية فى دائرة القوانين الوضعية ، إذ الأصل فى هذه القوانين

أن العقوبات الجنائية تخالف العقوبات التأديبية ، وأن معظم الجرائم التأديبية لا تدخل تحت حكم القوانين الجنائية ، ومن ثم فقد اقتضى تغاير العقوبتين والفعلين أن يحاكم الجانى على الفعل مرتين إذا كان فعله يعتبر جريمة تأديبية ، ولا يمنع توقيع إحدى العقوبتين من توقيع الأخرى ، كما لا تحول براءته فى إحدى المحاكمتين من السير فى المحاكمة الثانية ، ويعللون ذلك بأن الدعوى التأديبية يقصد منها حماية المهنة أو الوظيفة ، وأن الدعوى الجنائية يقصد منها حماية المجتمع .

ولا شك أن نظرية الشريعة أكثر تمشيا مع المنطق وانطباقا على القواعد التشريعية الحديثة التى تمنع من محاكمة الشخص مرتين على فعل واحد ، كما أنها تؤدى إلى اختصار الإجراءات ، وتقليل المحاكمات ، ولا تحول فى الوقت نفسه من توقيع العقوبة أو العقوبات التى تتلاءم مع شخصية المتهم والجريمة المنسوبة إليه .

٤٩ — **الجريمة المدنية** : عرف الفقهاء الإسلاميون موضوع الجريمة المدنية ولكنهم لم يطلقوا عليه هذه التسمية التى نستعملها نحن الآن متأثرين بالقانون الفرنسى .

والأصل فى الشريعة أن الأموال والنفوس معصومة[١] ، وكل فعل ضار بالإنسان أو بماله مضمون على فاعله إذا لم يكن له حق فيه ، والضمان إما عقوبة جنائية إذا كان الفعل الضار معاقبا عليه ، وإما تعويض مالى إذا لم يكن الفعل الضار معاقبا عليه ، وإذا كان الفعل معاقبا عليه فهو جريمة ، أما إذا لم يكن معاقبا عليه فلا يعتبر جريمة ، ولا يسمى بهذا الاسم ، وإنما هو فعل ضار ، وإذن فلا مناسبة تجمع بين الجريمة والفعل الضار إلا أن كليهما مضمون على فاعله .

---

(١) أى غير مباحة .

وقد يكون الفعل جريمة يستحق الجانى عليها العقاب ، ثم يكون الفعل فى الوقت نفسه فعلا ضارا فيضمنه الجانى للمجنىّ عليه ، كاستهلاك صيد مملوك فى الحرم ، وشرب خمر الذمىّ ، فإن الفاعل فى هاتين الحالتين يعاقب على الصيد والشرب ، وعليه قيمة الصيد والخمر لصاحبيهما[1]

وتتفق الشريعة مع القوانين الوضعية فى هذه الناحية . فهى تجعل الإنسان مسئولا مدنيا عن كل فعل ضار بغيره ، سواء كان القانون يعتبره جريمة أم لا يعتبره كذلك . فإن كان الفعل جريمة ، وكان ضارا فى الوقت نفسه بالغير ، كان الفاعل مستحقا للعقوبة ، وضامنا للضرر كما هو حكم الشريعة .

ويصطلح شراح القانون المصرى على تسمية الفعل الضار بالجريمة المدنية ، ولكن هذا الاصطلاح لا يكاد يستعمل فى دور المحاكم ، وهو قاصر على الكتب الفقهية . ولعل ذلك راجع إلى أن القانون المصرى يعبر عن سبب الضمان بالفعل الضار ، ولا يعبر عنه بالجريمة المدنية كما عبر القانون الفرنسى .

الباب الثاني

أنواع الجريمة

٥٠ — تتفق الجرائم جميعا فى أنها فعل محرم معاقب عليه، ولكنها تتنوع وتختلف إذا نظرنا إليها من غير هذه الوجهة . وعلى هذا يمكننا أن نقسم الجرائم أقساما متنوعة تختلف باختلاف وجهة النظر إليها .

فإذا نظرنا إلى الجرائم من حيث جسامة العقوبة قسمناها إلى حدود، وقصاص أو دية ، وتعازير ، وإذا نظرنا إليها من حيث قصد الجانى قسمناها إلى جرائم عمدية ، وجرائم غير عمدية ، وإذا نظرنا إليها باعتبار وقت كشفها قسمناها إلى جرائم متلبس بها ، وجرائم لا تلبس فيها ، وإذا نظرنا إليها من حيث طريقة ارتكابها قسمناها إلى جرائم إيجابية ، وجرائم سلبية ، وإلى جرائم بسيطة ، وجرائم اعتياد ، وإلى جرائم مؤقتة وجرائم غير مؤقتة ، وإذا نظرنا إلى طبيعتها الخاصة قسمناها إلى جرائم ضد الجماعة ، وجرائم ضد الأفراد ، وإلى جرائم عادية وجرائم سياسية .

التقسيم المبنى على جسامة العقوبة

الحدود ــ القصاص والدية ــ التعازير

٥١ — تنقسم الجرائم بحسب جسامة العقوبة المقررة عليها إلى ثلاثة أقسام : ــ

القسم الأول : جرائم الحدود : ــ وهى الجرائم المعاقب عليها بحد . والحد

هو العقوبة المقدرة حقاً لله تعالى[1] ومعنى العقوبة المقدرة أنها محددة معينة فليس لها حد أدنى ولا حد أعلى ، ومعنى أنها حق لله أنها لا تقبل الإسقاط لا من الأفراد ولا من الجماعة .

وتعتبر العقوبة حقاً لله فى الشريعة كلما استوجبتها المصلحة العامة ، وهى دفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة والسلامة لهم ، وكل جريمة يرجع فسادها إلى العامة ، وتعود منفعة عقوبتها عليهم ، تعتبر العقوبة المقررة عليها حقاً لله تعالى تأكيداً لتحصيل المنفعة ، وتحقيقاً لدفع الفساد والمضرة إذ اعتبار العقوبة حقاً لله يؤدى إلى عدم إسقاط العقوبة بإسقاط الأفراد أو الجماعة لها .

وجرائم الحدود معينة ومحدودة العدد وهى سبع جرائم . (١) الزنا (٢) القذف (٣) الشرب (٤) السرقة (٥) الحرابة (٦) الردة (٧) البغى . ويسميها الفقهاء الحدود دون إضافة لفظ جرائم إليها ، وعقوباتها تسمى الحدود أيضاً ولكنها تميز بالجريمة التى فرضت عليها فيقال حد السرقة ، وحد الشرب ، ويقصد من ذلك عقوبة السرقة وعقوبة الشرب .

القسم الثانى : جرائم القصاص والدية : وهى الجرائم التى يعاقب عليها بقصاص أو دية ، وكل من القصاص والدية عقوبة مقدرة حقاً للأفراد ، ومعنى أنها مقدرة أنها ذات حد واحد ، فليس لها حد أعلى وحد أدنى تتراوح بينهما ، ومعنى أنها حق للأفراد أن للمجنى عليه أن يعفو عنها إذا شاء ، فإذا عفا أسقط العفو العقوبة المعفو عنها .

وجرائم القصاص والدية خمس (١) القتل العمد (٢) القتل شبه العمد (٣) القتل الخطأ (٤) الجناية على ما دون النفس عمداً (٥) الجناية على ما دون النفس خطأ . ومعنى الجناية على ما دون النفس الاعتداء الذى لا يؤدى للموت كالجرح والضرب .

---

(١) فتح القدير الجزء الرابع ص ١١٢ ، ١١٣ ؛ والإقناع جزء رابع ص ٢٤٤ — الأحكام السلطانية ١٩٢ — ١٩٥ بدائع الصنائع سابع ص ٣٣ ، ٥٦ .

ويتكلم الفقهاء عن هذا القسم عادة تحت عنوان الجنايات ، متأثرين فى ذلك بما تعارفوا عليه من إطلاق لفظ الجناية على هذه الأفعال[١] ولكن بعض الفقهاء يتكلمون عن هذا القسم تحت عنوان الجراح[٢] ناظرين إلى أن الجراحة هى أكثر طرق الاعتداء ، كما أن بعض الفقهاء يؤثرون لفظ الدماء[٣] عنواناً لهذا القسم .

القسم الثالث: جرائم التعازير : هى الجرائم التى يعاقب عليها بعقوبة أو أكثر من عقوبات التعزير . ومعنى التعزير التأديب ، وقد جرت الشريعة على عدم تحديد عقوبة كل جريمة تعزيرية ، واكتفت بتقرير مجموعة من العقوبات لهذه الجرائم تبدأ بأخف العقوبات وتنتهى بأشدها ، وتركت للقاضى أن يختار العقوبة أو العقوبات فى كل جريمة بما يلائم ظروف الجريمة وظروف المجرم فالعقوبات فى جرائم التعزير غير مقدرة .

وجرائم التعزير غير محدودة كما هو الحال فى جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية . وليس فى الإمكان تحديدها . وقد نصت الشريعة على بعضها وهو ما يعتبر جريمة فى كل وقت كالربا وخيانة الأمانة والسب والرشوة ، وتركت لأولى الأمر النص على بعضها الآخر ، وهو القسم الأكبر من جرائم التعازير ، ولكن الشريعة لم تترك لأولى الأمر الحرية فى النص على هذه الجرائم بل أوجبت أن يكون التحريم بحسب ما تقتضيه حال الجماعة وتنظيمها والدفاع عن صوالحها ونظامها العام ، وأن لا يكون مخالفاً لنصوص الشريعة ومبادئها العامة

---

(١) بدائع الصنائع السابع ص ٢٣٣ ، الإقناع ص ١٦٢ جزء رابع ـ البجيرمى على المنهج ص ١٢٩ الجزء الرابع .

(٢) تحفة المحتاج الجزء الرابع ص ١ ـ المغنى ٣١٨ الجزء التاسع .

(٣) مواهب الجليل للحطاب الجزء السادس ص ٢٣٠ .

وقد قصدت الشريعة من إعطاء أولى الأمر حق التشريع فى هذه الحدود تمكينهم من تنظيم الجماعة وتوجيهها الوجهات الصحيحة ، وتمكينهم من المحافظة على صوالح الجماعة والدفاع عنها ومعالجة الظروف الطارئة .

والفرق بين الجريمة التى نصت عليها الشريعة والعمل الذى يحرمه أولو الأمر أن ما نصت عليه الشريعة محرم دائماً فلا يصح أن يعتبر فعلا مباحاً ، أما ما يحرمه أولو الأمر اليوم فيجوز أن يباح غداً إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة .

٥٢ - أهمية التقسيم : تظهر أهمية تقسيم الجرائم إلى حدود ، وقصاص أو دية ، وتعازير من عدة وجوه سنبينها فيما يلى:

أولا — من حيث العفو : جرائم الحدود لا يجوز فيها العفو مطلقاً ، سواء من المجنى عليه أو ولى الأمر أى الرئيس الأعلى الدولة ، فإذا عفا أحدهما كان عفوه لغواً لا أثر له على الجريمة ولا على العقوبة .

أما فى جرائم القصاص فالعفو جائز من المجنى عليه ، فإذا عفا ترتب على العفو أثره ، فللمجنى عليه أن يعفو عن القصاص مقابل الدية ، وله أن يعفو عن الدية أيضاً ، فإذا عفا عن أحدهما أعفى منه الجانى . وليس لرئيس الدولة الأعلى أن يعفو عن العقوبة فى جرائم القصاص بصفته هذه ، لأن العفو عن هذا النوع من الجرائم مقرر للمجنى عليه أو وليه ، لكن إذا كان المجنى عليه قاصراً ولم يكن له أولياء كان الرئيس الأعلى للدولة وليه ، إذ القاعدة الشرعية أن السلطان ولى من لا ولى له ، وفى هذه الحالة يجوز لرئيس الدولة العفو بصفته ولى المجنى عليه ، لا بأى صفة أخرى ، و بشرط ألا يكون العفو مجاناً .

وفى جرائم التعازير لولى الأمر أى رئيس الدولة الأعلى حق العفو عن الجريمة ، وحق العفو عن العقوبة ، فإذا عفا كان لعفوه أثره بشرط أن لا يمس عفوه حقوق المجنى عليه الشخصية . وليس للمجنى عليه أن يعفو فى التعازير إلا عما يمس حقوقه الشخصية المحضة. ولما كانت الجرائم تمس الجماعة فإن عفو المجنى

عليه من العقوبة أو الجريمة لايكون نافذاً وإن أدى فى الواقع إلى تخفيف العقوبة على الجانى ، لأن للقاضى سلطة واسعة فى جرائم التعازير من حيث تقدير الظروف المخففة ، وتخفيف العقوبة .

ولاشك أن عفو المجنى عليه يعتبر ظرفاً مخففاً .

ثانياً — من حيث سلطة القاضى : فى جرائم الحدود إذا ثبتت الجريمة وجب على القاضى أن يحكم بعقوبتهما المقررة لا ينقص منها شيئاً ولا يزيد عليها شيئاً ، وليس له أن يستبدل بالعقوبة المقررة عقوبة أخرى ، ولا أن يوقف تنفيذ العقوبة فسلطة القاضى فى جرائم الحدود قاصرة على النطق بالعقوبة المقررة للجريمة .

وفى جرائم القصاص سلطة القاضى قاصرة على توقيع العقوبة المقررة إذا كانت الجريمة ثابتة قبل الجانى ، فإذا كانت العقوبة القصاص وعفا المجنى عليه عن القصاص أو تعذر الحكم به لسبب شرعى وجب على القاضى أن يحكم بالدية ما لم يعف المجنى عليه عنها ، فإذا عفا كان على القاضى أن يحكم بعقوبة تعزير .

وله فى التعازير ـ كما سنبين ـ سلطة واسعة .

أما جرائم التعازير فللقاضى فيها سلطة واسعة فى اختيار نوع العقوبة ومقدارها فله أن يختار عقوبة شديدة أو خفيفة بحسب ظروف الجريمة والمجرم ، وله أن ينزل بالعقوبة إلى أدنى درجاتها ، وله أن يرتفع بها إلى حدها الأقصى ، وله أن يأمر بتنفيذ العقوبة أو إيقاف تنفيذها .

ثالثاً — من حيث قبول الظروف المخففة : ليس للظروف المخففة أى أثر على جرائم الحدود والقصاص والدية ، فالعقوبة المقررة لازمة مهما كانت ظروف الجانى ؛ أما فى جرائم التعازير فللظروف المخففة أثرها على نوع العقوبة ومقدارها فللقاضى أن يختار عقوبة خفيفة ، وأن ينزل بها إلى أدنى حدودها ، وله أن يوقف تنفيذها .

رابعاً — من حيث إثبات الجريمة : تشترط الشريعة إثبات جرائم الحدود

والقصاص عدداً معيناً من الشهود ، إذا لم يكن دليل إلا الشهادة ، فجريمة الزنا لا تثبت إلا بشهادة أربعة شهود يشهدون الجريمة وقت وقوعها ، وبقية جرائم الحدود والقصاص لا تثبت إلا بشهادة شاهدين على الأقل .

أما جرائم التعازير فتثبت بشهادة شاهد واحد .

ولا تعرف القوانين الوضعية هذا التقسيم ، وإنما هى تقسم الجرائم غالباً إلى جنايات وجنح ومخالفات .

الفصل الثانى

تقسيم الجرائم بحسب قصد الجانى

الجرائم المقصودة — الجرائم غير المقصودة

٥٣ ـ تنقسم الجرائم بحسب قصد الجانى إلى جرائم مقصودة وجرائم غير مقصودة :

(ا) الجرائم المقصودة : هى التى يتعمد الجانى فيها إتيان الفعل المحرم وهو عالم بأنه محرم ، وهذا هو المعنى العام للعمد فى الجرائم المقصودة أو الجرائم العمدية . وللعمد معنى خاص فى القتل ، وهو تعمد الفعل المحرم وتعمد نتيجته ، فإن تعمد الجانى الفعل دون نتيجة كان الفعل قتلا شبه عمد ، وهو ما يسمى فى القوانين الوضعية بـ « الضرب المفضى إلى الموت » .

(ب) الجرائم غير المقصودة : هى التى لا ينتوى فيها الجانى إتيان الفعل المحرم ولـكن يقع الفعل المحرم نتيجة خطأ منه ، والخطأ على نوعين [١] :

---

(١) نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٢٣٥ ، المغنى الجزء التاسع ص ٣٢٠ ، والزيلعى الجزء السادس ص ٩٧ ، بدائع الصنائع الجزء السابع ص ٢٣٤ . راجع أيضاً الفقرتين ٢٨٤ ، ٣٠١ .

النوع الاول — هو ما يقصد فيه الجانى الفعل الذى أدى للجريمة ولا يقصد الجريمة ولـكنه مع ذلك يخطىء : إما فى نفس الفعل كمن يرمى حجراً ليتخلص فيصيب أحد المارة ، أو يرمى صيداً فيخطئه ويصيب آدمياً . وإما أن يكون الخطأ فى ظنه كمن يرمى ما يظنه حيواناً فإذا هو إنسان ، أو يرمى من يظنه جندياً من جنود الأعداء فإذا هو أحد الوطنيين . فى هذه الحالات يقصد الجانى الفعل ولا يقصد الجريمة ، ولـكن خطأه فى فعله أو ظنه يؤدى إلى وقوع الجريمة .

النوع الثانى — هو ما لا يقصد فيه الجانى الفعل ولا الجريمة ، ولـكن يقع الفعل نتيجة لإهماله أو عدم احتياطه ، كمن ينقلب وهو نائم على آخر بجواره فيقتله وكمن يحفر بئراً فى طريق ولا يتخذ احتياطاته لمنع سقوط المارة فيه .

٥٤ — أهمية هذا التقسيم : تظهر أهمية تقسيم الجرائم إلى مقصودة وغير مقصودة من وجهين :

أولهما — أن الجريمة المقصودة تدل على روح إجرامية لدى الجانى ، أما غير المقصودة فليس فيها ما يدل على ميل الفاعل للإجرام ، ومن ثم كانت عقوبة الجريمة المقصودة شديدة وعقوبة الجريمة غير المقصودة خفيفة .

ثانيهما — يمتنع العقاب على الجريمة المقصودة إذا لم يتوفر ركن العمد ، أما الجريمة غير المقصودة فيعاقب عليها لمجرد الإهمال أو عدم التثبت .

وتعرف القوانين الوضعية هذا التقسيم وهى تتفق مع الشريعة فى موضوعه ونتائجه .

الفصل الثالث

تقسيم الجرائم بحسب وقت كشفها

جرائم متلبس بها — وجرائم لا تلبس فيها

٥٥ ـ تنقسم الجرائم بحسب وقت كشفها إلى جرائم متلبس بها وجرائم لا تلبس فيها .

الجريمة المتلبس بها : هى الجريمة التى تكشف وقت ارتكابها ، أو عقب ذلك ببرهة يسيرة ، وقد عرف قانون « تحقيق الجنايات المصرى » التلبس فى المادة الثامنة بأن مشاهدة الجانى متلبساً بالجناية[1] هى رؤيته حال ارتكابها أو عقب ارتكابها ببرهة يسيرة ، و يعتبر أيضاً أن الجانى شوهد متلبساً بالجناية إذا تبعه من وقعت عليه الجناية عقب وقوعها منه بزمن قريب ، أو تبعته العامة مع الصياح ، أو وجد فى ذلك الزمن حاملا لآلات أو أسلحة أو أمتعة أو أوراقاً أو أشياء أخرى يستدل منها على أنه مرتكب الجناية أو مشارك فى فعلها .

والجريمة التى لا تلبس فيها : هى التى لا تكشف وقت ارتكابها . أو التى يمضى بين ارتكابها وكشفها زمن غير يسير .

والمعروف لدى فقهاء الشريعة أن التلبس هو كشف الجريمة وقت ارتكابها ولكن ليس فى الشريعة ما يمنع من اعتبار حالة التلبس طبقاً لوجهة « القانون المصرى » خصوصاً وأن المقصود من اعتبار هذه الحالة قائمة هو تسهيل الإجراءات لكشف الحقيقة .

---

(١) معنى لفظ « الجناية » هنا يتفق مع معنى الجناية فى الشريعة الإسلامية وهو الجريمة .

٥٦ - أهمية هذا التقسيم : تظهر أهمية هذا التقسيم فى الشريعة من وجهين :

أولهما — من حيث الإثبات : إذا كانت الجريمة من جرائم الحدود وكان الدليل عليها هو شهادة الشهود فيجب أن يكون الشهود قد شهدوا بأنفسهم الحادث وقت وقوعه ، ورأوا الجانى وهو يرتكب الجريمة ، ويجيز الإمام مالك أن يكون الشهود سماعيين[1] ينقلون عمن شهدوا الحادث ولا يجيز هذا باقى الأئمة[2] .

ثانيهما — من حيث الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر : إذ شوهد الجانى وهو يرتكب الجناية كان لأى شخص أن يمنعه بالقوة عن ارتكاب الجريمة وأن يستعمل القوة اللازمة لمنعه سواء كانت الجريمة اعتداء على حقوق الأفراد كالسرقة ، أو اعتداء على حقوق الجماعة كشرب الخمر والزنا ، وهذا ما يسمى بـ « حق الدفاع الشرعى العام » .

الفصل الرابع

المبحث الأول

جرائم إيجابية — وجرائم سلبية

٥٧ - تنقسم الجرائم إلى إيجابية وسلبية بحسب ما إذا كان الفعل قد ارتكب بطريق الإيجاب أو السلب ، أو بحسب ما إذا كان الفعل مأموراً به أو منهياً عنه .

---

(١) المدونة الجزء السادس عشر ص ٤٥ .

(٢) بدائع الصنائع الجزء السابع ص ٤٩ . نهاية المحتاج الجزء الثامن ص ٣٠٧ . الاقناع الجزء الرابع ص ٤٠٧ .

والجريمة الإيجابية : تتكون من إتيان فعل منهى عنه كالسرقة والزنا والضرب

والجريمة السلبية : تتكون من الامتناع عن إتيان فعل مأمور به، كامتناع الشاهد عن أداء الشهادة والامتناع عن إخراج الزكاة . وأكثر الجرائم إيجابية وأقلها الجرائم السلبية .

٥٨ ـ الجريمة الإيجابية تقع بطريق السلب . ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن الجريمة الإيجابية قد تقع بطريق السلب ، فإذا وقعت على هذا الوجه استحق فاعلها العقوبة ، فمن حبس إنسانا ومنعه الطعام أو الشراب أو الدفء فى الليالى الباردة حتى مات جوعا أو عطشا أو برداً فهو قاتل له عمداً إن قصد بالمنع قتله ، وذلك ما يراه مالك [١] والشافعى [٢] وأحمد [٣] ، أما أبو حنيفة [٤] فلا يرى الفعل قتلا ، لأن الهلاك حصل بالجوع والعطش والبرد ولم يحصل بالحبس ، ولا صنع لأحد فى الجوع والعطش والبرد ، ولكن أبايوسف ومحمداً يريان الفعل قتلا عمداً، لأنه لا بقاء لآدمى إلا بالأكل والشرب والدفء .

فالمنع عند استيلاء الجوع والعطش والبرد على الممنوع يكون إهلاكا له

والأم التى تمنع ولدها الرضاع قاصدة قتله تعتبر قاتلة عمداً ، ولوأنها لم تأت بعمل إيجابى [٥] .

ومن منع فضل مائه مسافراً عالماً بأنه لايحل له منعه ، وأنه يموت إن لم يسقه

---

(١) الشرح الكبير للدردير الجزء الرابع ص ٢١٥ .
(٢) نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٢٣٩ .
(٣) المغنى الجزء التاسع ص ٣٢٧ .
(٤) بدائع الصنائع الجزء السابع ص ٢٣٤ والبحر الرائق الجزء الثامن ص ٢٩٥
(٥) الشرح الكبير للدردير الجزء الرابع ص ٢١٥ .

اعتبر قاتلا له عمداً وإن لم يل قتله بيده ، وهو رأى فى مذهب مالك [١] .

ويرى بعض فقهاء مذهب أحمد أنه قتل شبه عمد [٢] .

وإذا حضر نساء ولادة فقطعت إحداهن الحبل السرى ولم تربطه بعد قطعه متعمدة الامتناع عن ربطه فمات الوليد بسبب ذلك فهى قاتلة له ، ومن الممكن اعتبار بقية الحاضرات قاتلات إذا لم يرون أيضا ربط الحبل السرى ، لأن القطع غير مهلك فى ذاته ، وإنما المهلك ترك الربط ، ولما كن جميعا قد تعمدن ترك الربط فالهلاك ينسب إليهن جميعا [٣] .

٥٩ - متى يعتبر الممتنع مسئولا ؟ والظاهر من تتبع أمثلة الفقهاء أن الممتنع لا يعتبر مسئولا عن كل جريمة ترتبت على امتناعه ، وإنما يسأل فقط حيث يجب عليه شرعاً أو عرفاً أن لا يمتنع . وإذا كان هذا هو القاعدة فهناك اختلاف على ما يوجبه الشرع والعرف ، ومن الطبيعى أن يكون هذا الخلاف مادامت وجهات النظر مختلفة ، فمثلا : يرى بعض الحنابلة أن من أمكنه إنجاء آدمى من هلكة كماء أو نار أو سبع فلم يفعل حتى هلك فلا مسئولية عليه [٤] ، ويرى بعض الحنابلة أنه مسئول [٥] ، وأساس هذا الخلاف هو : هل الإنجاء واجب أم غير واجب ؟ ومن هذا القبيل المثل الذى ضربناه عن منع الماء .

٦٠ - الشريعة والقوانين الوضعية : واتجاه فقهاء الشريعة فى القتل بالترك هو نفس الاتجاه الذى سار عليه أغلب شراح القوانين الوضعية ابتداء من القرن التاسع عشر ، أما قبل ذلك فقد كانت غالبية الشراح ترى أنه لا يمكن إحداث الجريمة بالترك . لأن الترك عدم ولا ينشأ عن العدم وجود ، وكانت

---

(١) مواهب الجليل للحطاب الجزء السادس ص ٢٤٠ .

(٢) المغنى الجزء التاسع ص ٥٨١ .

(٣) الفتاوى الكبرى لابن حجر الجزء الرابع ص ٢٢٠ ، ٢٢١ .

(٤) الإقناع الجزء الرابع ص ٢٠٥ .

(٥) المغنى الجزء التاسع ص ٥٨١ .

أقلية الشراح ترى أن الترك يصلح سبباً للجريمة كالفعل تماما ، لأن كليهما يرجع إلى إرادة الإنسان ، وقد انتهت الغالبية إلى التسليم بأن الترك يصلح سبباً للجريمة ولـكنهم لم يأخذوا بهذا المبدأ على إطلاقه ، وقيدوه بأن يكون الشخص مكلفا فى الأصل بالعمل ، وأن يكون الامتناع أو الترك مخالفة لهذا التكليف ، و يستوى عندهم أن يكون مصدر التكليف بالعمل القانون أو الاتفاق ومن الأمثلة التى يضربها شراح القوانين على القتل بالترك حبس شخص دون حق ومنع الطعام عنه بقصد قتله ، وامتناع الأم عمدا عن إرضاع ولدها بقصد قتله ، و يضربون مثلا على الحالة التى لا مسئولية فيها الامتناع عن إنقاذ مشرف على الغرق ، أو إنسان أحاطت به النار ، أو أقدم على افتراسه سبع ، والأمثلة فى الحالين تكاد تكون نفس الأمثلة التى يضربها فقهاء الشريعة الإسلامية .

٦١ — **الفرق بين الشريعة والقانون** : و يلاحظ أن اشتراط شراح القوانين أن يكون العمل واجبا بمقتضى القانون أو الاتفاق يساوى تماما ما يشترطه فقهاء الشريعة من أن يكون العمل واجبا بمقتضى الشريعة ، لأن الشريعة توجب الوفاء بالعقود والاتفاقات طبقا لقوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا أَوْفوا بالعُقودِ ﴾ [المائدة : ١] فمن كان عليه واجب طبقا لاتفاق فهو واجب أيضاً طبقاً للشريعة ما دام لا يخرج على نصوصها أو روحها . فالشريعة والقانون يتفقان تماما فى هذه النقطة .

ولـكن الشريعة تخالف القوانين الوضعية فى أنها تجعل الجانى مسئولا عن الترك والامتناع إذا كان العرف يوجب على الشخص أن يعمل ولا يمتنع ، ولا شك أن الشريعة منطقية فى هذا التوسع ، لأن الشرائع والقوانين جميعا بل واتفاقات الأفراد تفترض أن ما يفرضه العرف يجب اتباعه ، ولا معنى لأن ينص فى الاتفاقات على واجبات مقررة بمقتضى العرف ومتعارف عليها من الجميع ، فإذا سئل الشخص عن واجب يفرضه اتفاق فأولى به أن يسأل عن

واجب يفرضه العرف و يعترف به الناس دون حاجة لاتفاق أو إثبات .

وتمتاز الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية بأنها عرفت هذه النظرية من القرن السابع ، بينما لم تبدأ القوانين الوضعية بمعرفتها إلا فى القرن التاسع عشر ، فكأن القوانين لم تجىء إلا بما سبقتها إليه الشريعة .

المبحث الثانى

فى تقسيم الجرائم بحسب كيفية ارتكابها

جرائم بسيطة . وجرائم اعتياد

٦٢ — تنقسم الجرائم فى الشريعة بحسب كيفية ارتكاب الجانى لها إلى جرائم بسيطة وجرائم اعتياد :

الجريمة البسيطة : — هى التى تتكون من فعل واحد كالسرقة والشرب ، ويستوى أن تكون الجريمة مؤقتة أو مستمرة ، وجرائم الحدود والقصاص أو الدية كلها جرائم بسيطة .

وجريمة الاعتياد : — هى التى تتكون من تكرر وقوع الفعل ، أى أن الفعل بذاته لا يعتبر جريمة ، ولكن الاعتياد على ارتكابه هو الجريمة .

وجرائم الاعتياد توجد بين جرائم التعازير . ويستدل عليها من النص المحرم للفعل ، فإن كان يشترط للعقاب اعتياد الفعل فالجريمة جريمة عادة ، وإن كان يكتفى بمجرد وقوع الفعل فالجريمة بسيطة .

والأصل أن التعزير يكون على فعل المحرمات وترك الواجبات وهذا متفق عليه ، إلا أنهم اختلفوا فى التعزير على فعل المكروه وترك المندوب[1] ، فرأى

(١) المكروه هو ما طلب من المكلف الكف عنه طلبا غير حتم — والمندوب هو ما طلب فعله من المكلف طلبا غير حتم .

البعض أن لا عقاب على فعل مكروه أو ترك مندوب إطلاقا[١] ، ورأى البعض العقاب على فعل المكروه وترك المندوب[٢] كلما دعت إلى ذلك المصلحة[٣]

والذين يرون العقاب على ترك المندوب وإتيان المكروه يشترطون أن يتكرر الترك أو الإتيان ، فإذا لم يتكرر فلا عقاب ، وإذن فهم لا يجعلون العقاب على الفعل أو الترك فى ذاته ، وإنما يجعلون العقاب على التكرار الذى يدل على أن الجانى جعل الفعل أو الترك عادة وإلفاً له ، ويعتبرون أن العادة قد تكونت إذا حصل الفعل أو الترك مرة ثانية ، أى أن العادة عندهم تتكون من مرتين[٤] وعلى هذا فكل مكروه أو مندوب عوقب عليه فهو من جرائم العادة .

٦٣ — أهمية هذا التقسيم : تظهر أهمية تقسيم الجرائم إلى جرائم بسيطة وجرائم اعتياد من الوجوه الآتية :

أولا من حيث مبدأ سريان التقادم : فى الجرائم البسيطة تبدأ المدة المسقطة للدعوى من يوم ارتكاب الجريمة إن كانت مؤقتة ، ومن يوم انتهاء الحالة المحرمة إن كانت غير مؤقتة . أما فى جرائم العادة فالمدة المسقطة تبدأ من تاريخ وقوع الفعل الأخير المكون للعادة .

---

(١) الاحكام فى أصول الأحكام لابن حزم جزء ثالث ص ٢١ ، ٢٢ — الإقناع الجزء الرابع ص ٢٧٠ ، ٢٧١ — مواهب الجليل الجزء السادس ص ٣٢٠ بدائع الصنائع الجزء السابع ص ٦٣ .

(٢) المستصفى للغزالى ص ٧٥ ، ٧٦ تحفة المحتاج الجزء الثامن ص ١٨ — مواهب الجليل الجزء السادس ص ٣٢٠ — تبصرة الحكام الجزء الثانى ٢٥٩ ، ٢٦٠ — الأحكام السلطانية ص ٢١٢ .

(٣) يطلق بعض هذا الفريق عبارته بحيث توهم أن إتيان المكروه وترك المندوب يعاقب عليه بصفة مطلقة ، ولكنهم فى الواقع لا يقصدون هذا ؛ لأن القاعدة العامة فى التعزير أنه مقيد بالمصلحة العامة ، ولذلك أجيز لولى الأمر فى جرائم التعزير العفو عن العقوبة ، وعلى هذا تكون تلك العبارات المطلقة مقيدة بهذه القاعدة العامة .

(٤) مواهب الجليل الجزء السادس ص ٣٢٠ — الأحكام السلطانية ص ٢١٣ .

ثانياً ـ من حيث الاختصاص : **يكون الاختصاص فى الجريمة البسيطة** للمحكمة التى وقع فى دائرتها الفعل المكون للجريمة إذا كانت الجريمة **مؤقتة** ، فإن كانت مستمرة أو متجددة فالاختصاص لكل محكمة استمر فى دائرتها الفعل أو تجدد . ويكون الاختصاص فى جريمة العادة للمحكمة التى وقع فى دائرتها الفعل الأخير المكون للعادة(١) .

ثالثاً ـ من حيث تطبيق قواعد التداخل : الحكم فى جريمة عادة يمنع من محاكمة الجانى على الأفعال السابقة ولو لم تدخل فى المحاكمة الأولى ،لأن قواعد الشريعة لا تسمح بتعدد العقوبة على الجرائم التى من نوع واحد والتى لم يحكم فيها بعد وتكتفى بعقوبة واحدة عنها جميعا طبقا لقواعد التداخل . والقوانين الوضعية تصل إلى هذه النتيجة نفسها بتطبيق قاعدة قوة الشيء المحكوم فيه .

وإذا حوكم الجانى مرة فمن المنطق أن لا يحاكم مرة ثانية إلا إذا وقع منه أكثر من فعل واحد من الأفعال التى تكون العادة ، لأن العقوبة مقررة على الاعتياد على الفعل المحرم لا على الفعل ذاته ، وهذا هو الرأى الذى تأخذ به محكمة النقض المصرية .

٦٤ — **الشريعة والقوانين الوضعية** : تتفق الشريعة والقوانين الوضعية فى تقسيم الجرائم إلى جرائم بسيطة وجرائم عادة ، وتتفق معها فى تعريف جريمة العادة وفى أن العقاب على الاعتياد ، وفى مصر استقر الفقه والقضاء على أن العادة تتكون من وقوع الفعل أو الترك مرتين .

٦٥ — **الجرائم التى تتكون من أفعال متلاحقة** : قد يرتكب الجانى عدة

---

(١) يرى بعض الشراح الفرنسيين أن الاختصاص يكون للمحكمة التى يقيم الجانى فى دائرتها إذا كان الفعل المكون للعادة قد وقع وحده فى دائرة محكمة غير التى وقع فيها الفعل الآخر إذ لا يمكن أن يعتبر محلا للجريمة إلا المكان الذى تقع فيه أفعال كافية لتكوين العادة ، فإذا لم تتوفر بالعادة فى مكان معين فإنها تتوفر فى شخص الجانى ومن ثم ترفع عليه الدعوى فى محل إقامته .

أفعال من نوع واحد تنفيذاً لغرض جنائى واحد فيسرق أمتعة من مسكن على عدة دفعات . أو بضرب شخصاً ضربات متعددة . وحكم هذه الأفعال المتعددة المتلاحقة طبقاً للشريعة الإسلامية أنها جريمة واحدة ويعاقب عليها بعقوبة واحدة فمن سرق منزلا على دفعتين أو أكثر يعتبر مرتكباً لجريمة سرقة واحدة .

ومن ضرب شخصاً أكثر من ضربة يعتبر مرتكباً لجريمة ضرب واحدة .

٦٦ — الفرق بين الأفعال المتلاحقة وجريمة العادة والجريمة غير المؤقتة : تختلف الأفعال المتلاحقة عن جريمة العادة فى أن الأفعال المتعددة المكونة لجريمة العادة لا يعاقب على فعل واحد منها لأنه لا يكون الجريمة ، أما فى الأفعال المتلاحقة فيعاقب على أى فعل منها ، لأنه يكون الجريمة دون حاجة لوقوع غيره ، فمن انتوى أن يسرق بيتاً على عدة مرات ثم دخله فأخذ بعض الأمتعة على أن يعود ليأخذ بعضاً آخر . ولكنه لم يعد يعتبر مرتكباً لجريمة السرقة ، كما لو عاد وأخذ أمتعة فى مرة أخرى أو أكثر .

وتختلف الأفعال المتلاحقة عن الجريمة غير المؤقتة . لأن الجريمة المكونة من أفعال متلاحقة تتعدد فيها الأفعال ، ولكن كل فعل منها منفصل عن الآخر بينما الجريمة غير المؤقتة تتكون من فعل واحد أو امتناع يستمر حدوثه وقتاً طويلا أو يتجدد حدوثه ذلك الوقت .

٦٧ — العلة فى اعتبار الأفعال المتلاحقة جريمة واحدة : تعتبر الأفعال المتلاحقة مكونة لجريمة واحدة على تعددها وانفصالها لأن قواعد الشريعة الإسلامية لا تسمح بتعدد العقوبة على الجرائم التى من نوع واحد . وتكتفى بعقوبة واحدة عليها طبقاً لقاعدة التداخل ، وهذا يقتضى من باب أولى اعتبار الأفعال المتلاحقة الصادرة تنفيذاً لغرض جنائى واحد جريمة واحدة . كما إن وقوع هذه الأفعال تنفيذاً لفكرة واحدة ولغرض جنائى واحد يجعل منها جريمة واحدة .

المبحث الثالث

تقسيم الجرائم بحسب كيفية ارتكابها

جرائم موقتة ـ وجرائم غير مؤقتة

٦٨ ــ سكوت الفقهاء عن هذين النوعين من الجرائم : لم يذكر الفقهاء شيئاً عن تقسيم الجرائم إلى جرائم مؤقتة وجرائم غير مؤقتة ، وعلة ذلك كما يبدو لنا أن الفقهاء يهتمون فقط بجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، لأنها جرائم ثابتة لا تتغير الأفعال المكونة لها ، ولا تتغير العقوبات المقررة عليها ، وهذه الجرائم كلها مؤقتة وليس فيها جريمة واحدة غير مؤقتة ، فلم يكن هناك اذن ما يدعو للتفرقة بين الجريمة المؤقتة والجريمة غير المؤقتة .

أما جرائم التعازير فبعضها مؤقت وبعضها غير مؤقت ، ولكن الفقهاء جروا على إهمال بحث أحكام هذه الجرائم ، لأن للسلطة التشريعية سلطان كبير فيها من حيث تحديد الأفعال المكونة لمعظمها ، وتعيين العقوبة الواجبة عليها ، وآراء السلطات التشريعية فى جرائم التعازير تختلف باختلاف البلدان والعادات ، فما قد تبيحه سلطة تشريعية فى بلد ما قد تحرمه سلطة أخرى فى بلد آخر ، وما قد تعاقب عليه سلطة تشريعية من وجه قد تعاقب عليه سلطة أخرى من وجه آخر ، ولهذا كله لم يهتم الفقهاء ببحث التعازير بحثاً مفصلا كما اهتموا بجرائم الحدود ، واكتفوا ببحث بعض الأحكام الهامة الثابتة التى لا تتغير بتغير البلاد والسلطات .

أما الآن وقد أصبحنا نحرص على بيان أحكام الجرائم عامة سواء كانت تعازير أو غير تعازير ، فليس ثمة ما يمنع من التعرض لبحث الجرائم المؤقتة وغير المؤقتة .

٦٩ ــ جرائم التعازير مؤقتة وغير مؤقتة : والظاهر من تتبع جرائم

التعازير أنها تنقسم بحسب الوقت الذى يستغرقه وقوعها إلى جرائم مؤقتة وجرائم غير مؤقتة :

فالجرائم المؤقتة هى التى تتكون من فعل أو امتناع يحدث فى وقت محدود ولا يستغرق وقوعها أكثر من الوقت اللازم لوقوع الفعل أو قيام حالة الامتناع ، مثل جريمة السرقة فإنها تتم بمجرد وقوع الفعل أى أخذ الشىء خفية ، ومثل جريمة الشرب فإنها تتم بمجرد شرب الخمر ، ومثل جريمة كتمان الشهادة فإنها تتم بمجرد الامتناع عن أداء الشهادة .

والجرائم غير المؤقتة هى التى تتكون من فعل أو امتناع قابل للتجدد أو الاستمرار فيستغرق وقوعها كل الوقت الذى تتجدد فيه الجريمة أو تستمر ، ولا تعتبر الجريمة منتهية إلا بإنتهاء حالة التجدد أو الاستمرار .

ومثال ذلك حبس شخص دون حق ، والامتناع عن إخراج الزكاة ، والامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه ، والامتناع عن أداء الدين مع القدرة عليه .

٧٠ – مقياس التمييز بين الجريمة المؤقتة وغير المؤقتة : ونصوص التشريع هى وحدها التى تبين إن كانت الجريمة مؤقتة أم غير مؤقتة ، لأن هذه النصوص تعرف الجريمة وتبين ركنها المادى فتميزها بذلك عن غيرها ، فإن كان الفعل أو الامتناع يقع وينتهى بمجرد ارتكاب الفعل أو قيام حالة الامتناع فالجريمة مؤقتة ، وإن كان الفعل أو الامتناع يكون حالة مستمرة الحدوث أو التجدد فالجريمة غير مؤقتة .

وينبغى فى هذا المقام أن نميز بين استمرار الجريمة واستمرار نتيجتها ، فالسرقة تتم بأخذ الشىء خفية فهى جريمة مؤقتة ، وبقاء المسروقات بعد ذلك تحت يد السارق ليس استمرار للسرقة ، وإنما هو استمرار لنتيجتها ، وجريمة الشرب تتم بتناول الخمر فهى جريمة مؤقتة ، فإذا سكر الشارب فإن سكره لا يعتبر استمراراً

للجريمة ، وإنما هو استمرار لنتيجتها ، إذ السكر نتيجة الشرب ،ومضرب والجرح جريمة مؤقتة تتم بمجرد وقوع الضرب وحدوث الجرح ، فإذا بقى المجنى عليه تحت العلاج مدة مّا فذلك ليس استمراراً للجريمة ، وإنما هو أثر من آثار الجريمة ونتيجة لها .

٧١ — تقسيم الجرائم غير المؤقتة : تنقسم الجرائم غير المؤقتة إلى جرائم متجددة وجرائم مستمرة[١]

فالجريمة المتجددة : هى التى يتوقف فيها استمرار الجريمة على تدخل إرادة الجانى تدخلا متكررا مقصودا ، كالامتناع عن أداء الزكاة ، أو عن تسليم المحضون لحاضنه . وكإحراز سلاح دون رخصة . ففى هذه الحالات يأتى الجانى الفعل أو يمتنع عنه . وتبقى جريمته قائمة ما بقى محرزا للسلاح . أو ممتنعا عن أداء الزكاة أو تسليم الطفل . ولكن بقاء الجريمة يتوقف على إرادة الجانى الذى يرى أن يبقى محرزا للسلاح دون ترخيص . أو ممتنعا عن أداء الزكاة أو تسليم الطفل لحاضنه .

والجرائم المستمرة هى التى لا يتوقف استمرار الجريمة فيها على تدخل إرادة الجانى ، بل يستمر الفعل المكون للجريمة دون حاجة لتدخل إرادة الجانى . كحفر بئر فى الطريق . وإقامة بناء فى ملك الغير . أو خارجا عن خط التنظيم .

٧٢ — أهمية تقسيم الجرائم إلى مؤقتة وغير مؤقتة : لهذا التقسيم أهمية من عدة وجوه نبسطها فيما يلى :

---

(١) فضلنا أن نقسم الجرائم إلى مؤقتة وغير مؤقتة والأخيرة إلى متجددة ومستمرة . وهذا مخالف لما جرى عليه الشراح من تقسيم الجرائم إلى مؤقتة ومستمرة ، وتقسيم المستمرة إلى جرائم مستمرة استمراراً متجدداً . وجرائم مستمرة استمرارا تاماً . وقد دعانا إلى مخالفة الشراح أن الألفاظ التى استعملناها أكثر دقة وانطباقا على المعانى المقصودة .

ا ــ من حيث الاختصاص : فالمحكمة المختصة بمحاكمة الجانى على الجريمة المؤقته هى المحكمة التى وقع فى دائرتها الفعل المكون للجريمة ، لأن القضاء يتخصص بالزمان والمكان . أما المحكمة المختصة بمحاكمة الجانى على الجريمة غير المؤقتة ، فهى كل محكمة وقع فى دائرتها الفعل المتجدد أو المستمر ، ولما كان من الممكن أن يقع هذا الفعل فى أمكنة متعددة فمعنى ذلك أن المحاكم المختصة بنظر الجريمة غير المؤقتة يصح أن تكون أكثر من محكمة واحدة .

ب ــ من حيث التقادم : فى الجريمة المؤقتة تحسب المدة المسقطة للدعوى العمومية من وقت ارتكاب الجريمة ، وفى الجريمة غير المؤقتة تحسب المدة من انتهاء حالة التجدد أو الاستمرار .

حـ ــ من حيث تطبيق التشريعات الجديدة : لا تسرى التشريعات الجديدة على ما يقع قبلها من الجرائم المؤقتة ، ولكنها تسرى على الجرائم غير المؤقتة التى بدأت قبل صدور التشريعات الجديدة ، إذا ظلت حالة التجدد أو الاستمرار قائمة إلى ما بعد العمل بهذه التشريعات .

د ــ من حيث قوة الشىء المقضى به : يعتبر الحكم فى الجريمة المؤقتة صادراً عن الواقعة التى عرضت على المحكمة ، فإذا كانت هناك وقائع أخرى سابقة لم تعرض على المحكمة ، فلا يعتبر الحكم شاملا لها ، ولو كانت من نوع الواقعة التى صدر عنها الحكم ، وكذلك الحال فى الوقائع التى حدثت بعد صدور الحكم .

وإذا كانت الوقائع السابقة واللاحقة من نوع الواقعة المحكوم فيها ، جاز رفع الدعوى من جديد عن الوقائع اللاحقة ، وامتنع رفعها عن الوقائع السابقة ، والعلة فى هذه التفرقة أن قواعد التداخل تنطبق على الوقائع السابقة ، وطبقاً لهذه القواعد لا يجوز رفع الدعوى عن وقائع سابقة إذا كانت مماثلة للواقعة التى حكم فيها ، لأن العقوبة شرعت للتأديب والزجر ، ووضعت على أنها تكفى لتحقيق

هذين المعنيين ، فلا حاجة إذن لتعدد العقوبات إلا إذا وقعت وقائع جديده بعد توقيع العقوبة [١] .

أما فى الجرائم غير المؤقتة ، فيعتبر الحكم شاملا لجميع الوقائع السابقة على رفع الدعوى ، ولو لم تعرض بعض هذه الوقائع على المحكمة ؛ لأن كل الوقائع تكون جريمة واحدة ، ومن ثم فلا يجوز رفع الدعوى من جديد عن الوقائع التى لم تعرض على المحكمة ما دامت سابقة على صدور الحكم . أما الوقائع اللاحقة لصدور الحكم ، فهذه يجوز رفع الدعوى من جديد عنها إذا كانت الجريمة من الجرائم المتجددة ، ولا يجوز رفع الدعوى عنها إذا كانت من الجرائم المستمرة .

٧٣ — **بين الشريعة والقوانين الوضعية** : تتفق الشريعة مع القوانين الوضعية فيما ذكرناه عن تقسيم الجرائم إلى مؤقته وغير مؤقته ، كما تتفق معها فيما يترتب على التقسيم، ولكن النظرية السائدة فى القوانين الوضعية تقضى بأنه يمكن العقاب على الوقائع السابقة على الواقعة التى صدر الحكم فيها إذا كانت الجريمة مؤقتة لأن الحكم ليس حجة إلا فيما يختص بالواقعة المحكوم فيها، وعلة الاختلاف أن الشريعة تأخذ بنظرية التداخل ، وهى نظرية لم تعرفها القوانين الوضعية بعد، و إن كان بعض الشراح قد عرفوها ونادوا بها ، كما سيتبين لنا عند الكلام على هذه النظرية

الفصل الخامس

المبحث الأول

فى تقسيم الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة

جرائم ضد الجماعة ــ وجرائم ضد الأفراد

٧٤ — تنقسم الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة إلى جرائم ضد الجماعة وجرائم ضد الأفراد .

الجرائم التى تقع ضد الجماعة : هى التى شرعت عقوبتها لحفظ صالح الجماعة ،

---

(١) راجع الفقرة ٥٢ .

سواء وقعت الجريمة على فرد ، أو على جماعة ، أو على أمن الجماعة ونظامها . ويقول الفقهاء : إن عقوبة هذا النوع من الجرائم شرعت حقاً لله تعالى [1] ومعنى هذا الاصطلاح أنها شرعت لحماية الجماعة ، ولكنهم يجعلون العقوبة حقاً لله ، إشارة إلى عدم جواز العفو عنها ، أو تخفيفها ، أو إيقاف تنفيذها .

والجرائم التى تقع ضد الأفراد : هى التى شرعت عقوبتها لحفظ مصالح الأفراد ، ولو أن ما يمس مصلحة الأفراد هو فى الوقت ذاته ماس بصالح الجماعة .

وتعتبر جرائم الحدود من الجرائم الماسة بمصلحة الجماعة ، ولو أنها فى الغالب تقع على أفراد معينين ، وتمس مصالحهم مساسا شديدا ، كالسرقة والقذف ، وليس فى اعتبارها ماسة بالجماعة إنكار لمساسها بالأفراد ، وإنما هو تغليب لمصلحة الجماعة على مصلحة الأفراد ، بحيث لو عفا الفرد لم يكن لعفوه أثر على الجريمة أو العقوبة .

وجرائم القصاص والدية من الجرائم التى تقع على الأفراد ، وليس معنى ذلك أنها لا تمس الجماعة وإنما معناه تغليب حق الفرد على حق الجماعة ، فللفرد أن يتنازل عن القصاص والدية ، وهما العقوبتان المقررتان أصلا للجريمة ، وقد أعطى له حق التنازل لأن الجريمة تمسه مساسا مباشراً ، فإذا تنازل عن العقوبة لم يترك الجانى ، وإنما يعاقب بعقوبة تعزيرية حفظا لمصلحة الجماعة التى مست مساسا غير مباشر .

وجرائم التعازير بعضها يمس مصلحة الجماعة ، وبعضها يمس مصلحة الأفراد والجماعة على المعنى الذى شرحناه سابقا .

والواقع أن كل جريمة تمس مصلحة الجماعة تمس فى النهاية مصلحة الأفراد ، وكل جريمة تمس مصلحة الأفراد تمس فى النهاية مصلحة الجماعة ، ولو كان محل الجريمة حقا خالصا للفرد ، وفى هذا يقول أحد الفقهاء : « ما من حق لآدمى

---

(١) بدائع الصنائع الجزء السابع ص ٣٣ ، فتح القدير الجزء الرابع ص ١٢ .

إلا ولله فيه حق، إذ من حق الله على كل مكلف ترك أذاه لغيره»[١] فإذا اعتبرت الشريعة بعض الجرائم ماسة بمصلحة الجماعة فذلك لأنها تمس مصلحة الجماعة أكثر مما تمس مصلحة الفرد ، وإذا اعتبرت بعض الجرائم ماسة بمصلحة الأفراد فذلك لأنها تمس مصلحة الأفراد أكثر مما تمس مصلحة الجماعة .

المبحث الثانى

فى تقسيم الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة

جرائم عادية وجرائم سياسية - أى بغى

٧٥ - **التفرقة بين الجرائم العادية والجرائم السياسية** : فرقت الشريعة من يوم وجودها بين الجرائم العادية وجرائم البغى أى الجرائم السياسية ، ولكن الشريعة راعت فى هذه التفرقة مصلحة الجماعة وأمنها ، والمحافظة على نظامها وكيانها ، فلم تعتبر كل جريمة ارتكبت لغرض سياسى جريمة سياسية ، وإن كانت قد اعتبرت بعض الجرائم العادية التى ترتكب فى ظروف سياسية معينة جرائم سياسية .

ولا تختلف الجريمة السياسية عن الجريمة العادية فى طبيعتها ، فكلاهما تتفق مع الأخرى فى المحل والنوع والوسائل وإنما يختلفان فى البواعث التى تبعث عليهما فالجريمة السياسية ترتكب لتحقيق أغراض سياسية ، أو تدفع إليها بواعث سياسية ، أما الجرائم العادية فالأصل فيها أن تكون بواعثها عادية ، ولكن ليس ثمة ما يمنع من أن تدفع إليها بواعث سياسية ، ومعنى هذا أن الجريمة العادية تختلط أحيانا بالجريمة السياسية ، ولهذا كان للتفريق بين الجريمتين أهمية كبرى .

---

(١) الجزء الثامن من شرح الزرقانى على مختصر خليل ص ١١٥ .

٧٦ — **متى توجد الجريمة السياسية** : ولا توجد الجريمة السياسية فى الظروف العادية ، فكل جريمة وقعت فى الأحوال العادية ، هى جريمة عادية مهما كان الغرض منها والدوافع إليها ، فمن يقتل رئيس الدولة لغرض سياسى اعتبرت جريمة عادية ، ولو كان القاتل نفسه من المشتغلين بالسياسة ، مادام أن القتل وقع فى أحوال عادية ، ولقد قتل عبد الرحمن بن ملجم عليا بن أبى طالب خليفة المسلمين لتحقيق غرض سياسى ، فاعتبر القتل عاديا بالرغم من أن القاتل من الخوارج[١] ، وهذا هو رأى علىّ نفسه ، والرأى الذى أخذ به العلماء من بعده فإنه قال لولده الحسن : « أحسنوا إساره ، فإن عشت فأنا ولى دمى ، وإن مت فضربة كضربتى » ولو لم يكن القتل عاديا لما اعتبر نفسه ولى الدم ، إن شاء عفا وإن شاء اقتص ، ولما طلب من الحسن أن يقتص بضربة كضربته[٢] .

وإنما توجد الجريمة السياسية فى الظروف غير العادية ، وعلى وجه التحديد فى حالة الثورة . وفى حالة الحرب الأهلية ، فإذا ثار فريق من الرعية على الدولة وإذا قامت حرب بين الدولة وبين بعض رعاياها الخارجين عليها ، أمكن أن توجد الجريمة السياسية إذا توفرت شروط معينة فى الثوار أو المحاربين ، فإذا لم تتوفر هذه الشروط ، أو توفرت ولكن لم توجد حالة الثورة أو الحرب ، فالجرائم التى تقع لا يمكن أن تكون جرائم سياسية ، وإنما هى جرائم عادية .

٧٧ — **المجرمون السياسيون** : تسمى الجريمة السياسية فى اصطلاح الفقهاء « البغى ، ويسمى المجرمون السياسيون البغاة أو الفئة الباغية » .

والبغاة كما يعرفها الفقهاء « هم القوم الذين يخرجون على الإمام[٣] بتأويل سائغ ولهم منعة وشوكة[٤] » أوهم : « فرقة من المسلمين خالفت الإمام

---

(١) الخوارج فئة كانت تناهض عليا ولا تراه صالحا للخلافة .
(٢) الشرح الكبير الجزء العاشر ص ٥٢ .
(٣) رئيس الدولة أو حاكمها العام . (٤) الشرح الكبير الجزء العاشر ص ٤٩ .

الأعظم[١] أو نائبه لأحد شيئين : إما لمنع حق وجب عليها من زكاة أو حكم عليها من أحكام الشريعة المتعلقة بالله أو بآدمى[٢] ، أو الدخول تحت طاعته بالقول والمباشرة باليد لحاضر ، والإشهاد على الدخول لمن غاب عنه إن كان كل منهما من أهل الحل والعقد ، واعتقاد ذلك ممن لا يعبأ به ولا يعرف فإنه حق لخبر « من مات وليس فى عنقه بيعة مات ميتة جاهلية » . أو خالفته لخلعه[٣] أى إرادتها خلعه أى عزله لحرمة ذلك عليهم و إن جار »[٤] .

وإذا كان الفقهاء قد اصطلحوا على تسمية فريق الخارجين بالبغاة ، فإنهم يسمون الفريق الآخر الذى لم يخرج عليه بأهل العدل .

٧٨ — الشروط التى يجب توفرها فى المجرمين السياسيين أو البغاة :

نستطيع أن نستخلص من تعريف البغاة ومما سبق ، الشروط التى يجب توفرها فى المجرم وعمله ليعتبر مجرما سياسيا أو باغيا :

أولا — الغرض من الجريمة : يشترط أن يكون الغرض من الجريمة إما

---

(١) الخليفة أو الإمام الذى ليس بعده إمام أو الرئيس الأعلى للدولة الإسلامية .

(٢) الأحكام المتعلقة بالله هى الأحكام المتعلقة بصيانة صالح الجماعة والأحكام المتعلقة بآدمى هى ما وضع لصيانة مصلحة الأفراد .

(٣) الرأى الغالب فى المذاهب الأربعة أن الإمام لا ينعزل بالظلم والفسق وتعطيل الحقوق ، ومن ثم فلا يجب الخروج عليه بقصد عزله وتولية غيره ؛ لأن إباحة الخروج عليه تدعو إلى عدم الاستقرار وكثرة الفتن والثورات واضطراب أمور الناس — والأقلية ترى أن للأمة خلع الإمام وعزله بسبب يوجبه ، وأنه ينعزل بالفسق والظلم وتعطيل الحقوق ، فإذا وجد من الإمام ما يوجب اختلال أموال المسلمين ، وانتكاس أمور الدين كان للأمة خلعه كما كان لهم نصبه لانتظام شئون الأمة وإعلائها ، وإذا أدى خلعه إلى فتنة احتمل أدنى المضرتين ، وهناك من يرى خلعه إذا لم يستلزم فتنة . وروى عن مالك أنه قال: من قام على إمام يريد إزالة ما بيده إن كان — أى المقوم عليه — مثل عمر بن عبد العزيز وجب على الناس الذب عنه والقيام معه أما غيره فلا ، دعه وما يراد منه ينتقم الله من ظالم بظالم . راجع شرح الزرقانى الجزء الثامن ص ٦٠ ؛ وحاشية ابن عابدين الجزء الثالث ص ٤٢٩ ، والأحكام السلطانية ص ١٤ ، والإقناع الجزء الرابع ص ٢٩٢ .

(٤) شرح الزرقانى على مختصر خليل الجزء الثامن ص ٦٠ .

عزل رئيس الدولة أو الهيئة التنفيذية ، و إما الامتناع عن الطاعة ، فإذا توفر الغرض على هذا الوجه مع توفر الشروط الأخرى كانت الجريمة سياسية والمجرم سياسيا . أما إذا كان الغرض من الجريمة إحداث أى تغيير يتنافى مع نصوص الشريعة ، كإدخال نظام غير إسلامى يخالف النظام ، أو تمكين دولة أجنبية من التسلط على البلاد ، أو إضعاف قوة الدولة أمام غيرها من الدول ، إذا كان الغرض من الجريمة شيئا من هذا أو مثله، فإن الجريمة لا تكون بغيا أى سياسية ، وإنما هى إفساد فى الأرض ، ومحاربة الله ورسوله ، وهى جريمة عادية قررت لها الشريعة عقوبة قاسية[1] .

ثانيا — التأول : يشترط فى البغاة أى المجرمين أن يكونوا متأولين ، أى أن يدعوا سببا لخروجهم ، ويدللوا على صحة ادعائهم ، ولو كان الدليل فى ذاته ضعيفا ، كادعاء الخارجين على الإمام على ، بأنه يعرف قتلة عثمان ويقدر عليهم ولا يقتص منهم لمواطأته إياهم ، وكتأول بعض ما نعى الزكاة فى عهد أبى بكر بأنهم لا يدفعون الزكاة إلا لمن كانت صلاته سكنا لهم ، طبقا لقوله تعالى ﴿ خذ من أموالهم صدقة ـ إلى قوله : وصل عليهم إن صلاتك سَكَنٌ لهم ﴾ فإذا لم يدعوا سببا للخروج ، أو ادعوا سببا لا تقره الشريعة إطلاقا ، كأن طلبوا عزل رئيس الدولة دون أن ينسبوا إليه شيئا ، أو طلبوا عزله لأنه ليس من بلدهم ، فهم قطاع طريق يسعون فى الأرض بالفساد ، ولهم عقوبتهم الخاصة ؛ وليسوا بأى حال بغاة أو مجرمين سياسيين[2] .

ثالثا — الشوكة : ـ يشترط فى الباغى أى المجرم السياسى أن يكون ذا شوكة وقوة لا بنفسه بل بغيره ممن هم على رأيه ، فإن لم يكن من أهل الشوكة على هذا

(١) أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١١١ ، ١١٢ ـ المغنى الجزء العاشر ص ٥٢ ـ نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٣٨٢ ـ البحر الرائق الجزء الخامس ص ١٥١ .

(٢) البحر الرائق الجزء الخامس ص ١٥١ ، ١٥٤ ـ شرح الزرقانى الجزء الثامن ص ٦٢ ـ نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٣٨٢ ، ٣٨٣ المغنى الجزء العاشر ص ٤٩ .

الوصف ، فلا يعتبر مجرما سياسيا ولو كان متأولا[١] .

رابعا — الثورة والحرب : ـ و يشترط بعد ذلك كله أن تقع الجريمة فى ثورة أو حرب أهلية اشتعلت لتنفيذ الغرض من الجريمة ، فإن وقعت الجريمة فى غير حالة الثورة أو الحرب الأهلية ، فهى ليست بغيا أى جريمة سياسية ، و إنما هى جريمة عادية ، يعاقب فاعلها بالعقوبة العادية المقررة لها . وتلك هى سنة على ابن أبى طالب فى الخوارج ، فلقد عرض قوم من الخوارج به ، فنادوا وهو يخطب على منبره لا حكم إلا الله ، يعرضون به ، لأنه قبل التحكيم ، فرد علىّ من منبره قائلا : كلمة حق أريد بها باطل ، لكم علينا ثلاث : لا نمنعكم مساجد الله : أن تذكروا فيها اسم الله ، ولا نبدؤكم بقتال ، ولا نمنعكم الفىء ما دامت أيديكم معنا ، أى ما دمتم لم تثوروا علينا[٢] .

٧٩ - **حقوق البغاة ومسئولياتهم قبل الثورة** : للبغاة أن يدعوا إلى ما يعتقدون بالطريق السلمى المشروع ، ولهم الحرية فى أن يقولوا ما يشاءون فى حدود نصوص الشريعة ، وللعادلين أن يردوا عليهم و يبينوا لهم فساد آرائهم ، فإذا خرج أحد من الفريقين فى قوله أو دعوته على النصوص الشرعية عوقب على جريمته باعتبارها جريمة عادية ، فإن كان قاذفا حد و إن كان سابا عزر ، و إن ارتكب أحد البغاة أية جريمة عوقب عليها باعتبارها جريمة عادية[٣] .

وللبغاة حق الاجتماع ، فإذا تحيزوا أو اجتمعوا فى مكان معين ، فلا سلطان لأحد عليهم ، ما داموا لم يمتنعوا عن حق ، أو يخرجوا عن طاعة ، وهذه أيضا

---

(١) نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٣٨٥ .

(٢) المغنى الجزء العاشر ص ٥٨ ـ الشرح الكبير الجزء العاشر ص ٧١ : ٧٢ ـ أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١١٢ . نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٣٨٤ .

(٣) الأحكام السلطانية ٥٨ . المغنى الجزء العاشر ص ٦٠ . أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١١٢ : ١١٤ . نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٣٧٦ .

سنة على بن أبى طالب فى الخوارج ، فقد اعتزلت طائفة من الخوارج علياً عليه السلام بالنهروان ، فولى عليهم عاملا أقاموا على طاعته زمنا وهو لهم موادع ، إلى أن قتلوه ، فأنفذ إليهم على : أن سلموا إلى قاتله ، فأبوا ، وقالوا كلنا قتله ، فلما خرجوا عن الطاعة وجاهروا بالعصيان . قاتلهم على[١] .

ويشترط مالك والشافعى وأحمد أن يبدأ أهل البغى بالقتال حتى يقاتلوا أهل العدل وفى هذه الحال تستحل دماؤهم . أما أبوحنيفة فيكتفى بتجمعهم وامتناعهم ويرى فى ذلك ما يكفى لقتالهم[٢] .

٨٠ – حقوق البغاة ومسئوليتهم أثناء الثورة وما بعدها :

فإذا اشتعلت الثورة أوقامت الحرب الأهلية كان على ولى الأمر أن يقصد من القتال ردع البغاة لا قتلهم و إفناءهم ، وأن يقاتل من أقبل منهم ، ويكف عمن أدبر وهرب ، وأن لا يجهز عن جريحهم ، وأن لا يقتل أسيرهم[٣] أو من ألقى سلاحه منهم ، وأن لا يصادر أموالهم ، وأن لا يستولى على نسائهم وأولادهم ؛ لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « منعت دار الإسلام ما فيها »[٤]

فإذا انتهت حالة الحرب وانطفأت الثورة ، وجب على ولى الأمر أن يرد على البغاة أموالهم التى فى يد أهل العدل ، وماتلف منها فى غير قتال فهومضمون على متلفه ، وأما ما أتلفه أهل البغى فى نائرة الحرب من نفس ومال فهو هدر ،

---

(١) الأحكام السلطانية ص ٤٨ ، البحر الرائق الجزء الخامس ص ١٥٢ المغنى الجزء العاشر ص ٥٣ – ٥٨ ، نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٣٨٣ .

(٢) ٤١١ جـ ٤ شرح فتح القدير .

(٣) يرى أبو حنيفة قتل الأسير إذا اقتضت المصلحة ذلك على خلاف باقى الأئمة ١٥٣ البحر الرائق جـ ٥ .

(٤) الأحكام السلطانية ص ٤٩ . البحر الرائق جـ ٥ ص ١٥٢ : ١٥٣ . المغنى جـ ١٠ ص٦٣ ، نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٣٨٦ : ٣٨٧ – شرح الزرقانى جـ ٤ ص ٦١ : ٦٢ تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٢٤٩ – أسنى المطالب جـ ٤ ص ١١٤ .

وما أتلفوه على أهل العدل فى غير ثائرة الحرب من نفس ومال فهو مضمون عليهم، وهم مسئولون عنه ، وهذا هو الرأى الراجح . أما الرأى المضاد فيرى أصحابه تضمين البغاة ما أتلفوه فى الحرب ، وحجتهم أن المعصية لا تبطل حقا ، ولا تسقط غرما . أما حجة أصحاب الرأى الأول فهى أن الفتنة العظمى وقعت أيام على ومعاوية ، فأجمع الصحابة على أن لايقام حد على رجل ارتكب محرماً بتأويل القرآن ، ولا يغرم مالا أتلفه بتأويل القرآن ، ويحتجون كذلك بأن البغاة طائفة ممتنعة بالحرب بتأويل سائغ ، فلا تضمن ما أتلفته على أهل العدل ، كما لا يضمن أهل العدل ما أتلفوه ، ولأن تضمين أهل البغى يفضى إلى تنفيرهم عن الرجوع إلى الطاعة [1] .

وإذا كان البغاة لا يسألون عن الجرائم التى ارتكبوها أثناء الثورة من إهلاك للأنفس والأموال ، فإن لولى الأمر - إن لم يعف عن جرائمهم - أن يعاقبهم على خروجهم عن الطاعة بعقوبة تعزيرية إن رأى فى ذلك مصلحة ، ولكن يشترط أن لا تكون هذه العقوبة القتل عند مالك والشافعى وأحمد ، لأنهم لا يبيحون قتل الجريح ولا الأسير فأولى أن لايباح قتل المستسلم ، أما أبوحنيفة فيبيح قتل الأسير للمصلحة العامة ويبيح قتل البغاة على أثر الظهور عليهم ، فالقياس عنده أن يقتل الباغى تعزيراً . وعلى كل حال فإن سلطة القاضى فى الجرائم التعزيرية واسعة بحيث يجوز له أن يختار العقوبة الملائمة من عدة عقوبات ، كما إن لولى الأمر حق العفو عن العقوبة كلها أو بعضها .

٨١ — عقوبة البغاة أو المجرمين السياسيين فى الشريعة الإسلامية :

ظاهر مما تقدم أن عقوبة البغاة تختلف باختلاف الأحوال ، فالجرائم التى

---

(١) نهاية المحتاج ج٧ ص ٣٨٦ : ٣٨٧ . البحر الرائق ج ٥ ص ١٥٣ . شرح الزرقانى ج ٨ ص ٦١ : ٦٢ الأحكام السلطانية ص ٥٠ أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٤ ـ المغنى ج ١٠ ص ٦٠ : ٦١ الشرح الكبير ج ١٠ ص ٦١ : ٦٢ .

يرتكبونها قبل الثورة والحرب أو بعدها يعاقبون عليها بعقوباتها العادية ؛ لأنها جرائم عادية لم تقع فى حالة ثورة أو حرب ، أما الجرائم التى ترتكب أثناء الثورة أو الحرب الأهلية ، فما اقتضته منها حالة الثورة أو الحرب كمقاومة رجال الدولة وقتلهم ، والاستيلاء على البلاد وحكمها ، والاستيلاء على الأموال العامة وجباياتها ، وإتلاف السكك والكبارى ، وإشعال النار فى الحصون ونسف الأسوار والمستودعات وغير ذلك مما تقتضيه طبيعة الحرب ، فهذه الجرائم هى الجرائم السياسية ، وتكتفى الشريعة فيها بإباحة دماء البغاة ، وإباحة أموالهم بالقدر الذى يقتضيه ردعهم والتغلب عليهم ، فإذا ظهرت الدولة عليهم ، وألقوا سلاحهم ، عصمت دماؤهم وأموالهم ، وكان لولى الأمر أن يعفو عنهم ، أو أن يعزرهم على خروجهم ، لاعلى الجرائم التى ارتكبوها أثناء خروجهم ، فعقوبة الخروج إذن هى التعزير ، وهو جريمة سياسية ، أما عقوبة الجرائم التى تقتضيها حالة الحرب أو الثورة ، فهى القتل بالشروط التى ذكرناها سابقاً .

هذا هو حكم الجرائم التى تقع أثناء الثورة أو الحرب وتقتضيها طبيعة الحرب والثورة ، أما الجرائم التى تقع من البغاة ولا تستلزمها طبيعة الثورة أو الحرب ، فهذه تعتبر جرائم عادية يعاقبون عليها بالعقوبات العادية ، ولو أنها وقعت أثناء الثورة أو الحرب ، كشرب الخمر ، والزنا، وقتل أحد الثائرين زميلا له أو سرقة ماله[١] .

٨٢ — بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية : كانت القوانين الوضعية إلى ما قبل الثورة الفرنسية تعتبر الجريمة السياسية أشد خطراً من الجريمة العادية ، وكانت تعامل المجرم السياسى معاملة تتنافى مع أبسط قواعد العدالة ، فتعاقبه بعقوبات قاسية ، وتصادر ماله ، وتأخذ أهله بذنبه ، وتحرمه من الحقوق

---

(١) تكلمنا هنا عن البغى أى الجرائم السياسية بالقدر الذى يبين الحدود الفاصلة بين الجريمة العادية والجريمة السياسية . وبين العناصر الأساسية للجريمة السياسية . أما التفاصيل والدقائق فوضعها الجزء الثانى من كتابنا هذا حين نتكلم عن البغى كجريمة من الجرائم الخاصة .

التى يتمتع بها المجرمون العاديون . ثم ابتدأت القوانين الوضعية تغير نظرتها إلى الجريمة السياسية بعد الثورة الفرنسية . و بعد أن كثرت الثورات فى البلاد الأوربية ، وتعددت الانقلابات فى النظم السياسية ، فأصبح المجرم السياسى ينظر إليه نظرة عطف وإشفاق ، ووضعت للجرائم السياسية عقوبات هى فى مجموعها أخف من العقوبات العادية

وقد اختلف الشراح فى المميز الذى يميز بين الجريمة العادية والجريمة السياسية ، فرأى فريق أن المميز الوحيد هو غرض المجرم من الجريمة ، فإن كان يرمى إلى تحقيق غرض سياسى فالجريمة سياسية و إلا فهى عادية . وعيب هذا المذهب أنه يحكم الباعث على الجريمة فى تحديد ماهية الجريمة ، ويخول للقتلة والسارقين أن يتمتعوا بميزات لا يصح أن يتمتعوا بها ـ ورأى فريق آخر أن العبرة فى تحديد نوع الجريمة بطبيعة الحق المعتدى عليه بصرف النظر عن الدافع إلى الجريمة ، فلا تعتبر جريمة سياسية طبقاً لهذا الرأى إلا الجريمة التى تمس كيان الدولة أو نظامها . وعيب هذا الرأى أنه يجعل بعض الجرائم التى لا شك فى أنها سياسية جرائم عادية ، كالجرائم التى ترتبط بأعمال الثورة أو الحرب الأهلية .

وقد رأى فريق من الشراح أن يفرقوا بين الجرائم التى ترتكب فى حالة ثورة أو حرب أهلية ، والجرائم التى ترتكب فى الأحوال العادية ، واعتبروا الجرائم التى تقع فى الأحوال العادية جرائم عادية ولو كانت الدوافع فيها سياسية ، أما الجرائم التى تقع أثناء الثورة أو الحرب الأهلية فهى جرائم سياسية إذا كان للجريمة علاقة بالثورة أو الحرب الأهلية ، وكانت من الأفعال التى تبيحها الحرب النظامية و إلا فهى جريمة عادية . وهذا الرأى هو الذى أقره معهد القانون الدولى .

والاتجاه الحديث فى القوانين الوضعية يعتبر الجرائم الموجهة ضد النظام الاجتماعى كجرائم الشيوعية والفوضوية جرائم عادية ، كما يعتبر كل الجرائم الماسة باستقلال الدولة جرائم عادية ؛ لأنها تمس الوطن ولا تمس نظام الحكم

والحكام ، وهذا هو الرأى الذى أقره معهد القانون الدولى فى سنة ١٨٩٢ حيث قرر أنه لايعد من الجرائم السياسية من حيث تطبيق قواعد تسليم المجرمين، الأعمال الجنائية الموجهة ضد النظام الاجتماعى[1] .

و يتبين مما سبق أن أحدث الآراء فى القوانين الوضعية تعتبر الجريمة سياسية إذا كانت موجهة ضد الحكام وشكل الحكم الداخلى فقط ، لا ضد النظام الاجتماعى ولا ضد الدولة واستقلالها وعلاقتها بغيرها من الدول ، و بشرط أن تقع فى حالة ثورة أو حرب أهلية ، وأن تكون مما تقتضيه طبيعة الثورة أو الحرب ، وهذا يتفق تماماً مع الحدود التى وضعتها الشريعة للجريمة السياسية من ثلاثة عشر قرناً . ولا فرق بين الشريعة والقوانين فى هذه النقطة إلا أن الشريعة قد سبقت بالتفرقة بين الجرائم العادية والسياسية ، وتحديد الجرائم السياسية ، وأن القوانين تسير فى أثر الشريعة وتأخذ بمبادئها .

---

(١) الموسوعة الجنائية ج ٣ ص ٤٧ ـ ٥٣ . شرح قانون العقوبات لكامل مرسى والسعيد مصطفى ص ٨٩ ـ ٨٥ القانون الجنائى لعلى بدوى [illegible] ص ٧٣ ـ ٧٦ .

القسم الثانى

من الكتاب الأول

الأركان العامة للجريمة

٨٣ - أركان الجريمة : قلنا فى تعريف الجريمة إن الجرائم محظورات شرعية زجر الله عنها بحد أو بتعزير ، وأن المحظورات هى : إما إتيان فعل منهى عنه ، أو ترك فعل مأمور به ، وقلنا : إن المحظورات وصفت بأنها شرعية ؛ لأنها يجب أن تكون محظورة بنصوص الشريعة ، وأن الفعل والترك لا يعتبر بذاته جريمة إلا إذا كان معاقباً عليه

ولما كانت الأوامر والنواهى تكاليف شرعية فإنها لا توجه إلا لكل عاقل فاهم التكليف ، إذ التكليف خطاب ، وخطاب من لا عقل له ولا فهم محال كالجماد والبهيمة ، ومن استطاع أن يفهم أصل الخطاب ولا يفهم تفاصيله من كونه أمراً أو نهياً ، ومقتضياً للثواب والعقاب ، كالمجنون والصبى الذى لا يميز فهو فى عجزه عن فهم التفاصيل كالجماد والبهيمة فى العجز عن فهم أصل الخطاب ، ومن ثم يتعذر تكليفه ؛ لأن المقصود من التكليف كما يتوقف على فهم أصل الخطاب فهو يتوقف أيضاً على فهم تفاصيله[1] .

ويتبين مما سبق أن للجريمة بصفة عامة أركان لا بد من توفرها وهذه الأركان ثلاثة :

---

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ص ٢١٥ جزء أول ، المستصفى للغزالى جزء أول ص ٨٣ .

١ — أن يكون هناك نص يحظر الجريمة و يعاقب عليها ، وهو ما نسميه اليوم فى اصطلاحنا القانونى بالركن الشرعى للجريمة .

٢ — إتيان العمل المكون للجريمة سواء كان فعلا أو امتناعا ، وهذا ما نسميه فى اصطلاحنا القانونى بالركن المادى للجريمة .

٣ — أن يكون الجانى مكلفا أى مسئولا عن الجريمة ، وهذا ما نسميه اليوم بالركن الأدبى .

هذه هى الأركان العامة التى يجب توفرها بصفة عامة فى كل جريمة ، ولكن توفر هذه الأركان العامة لا يغنى عن وجوب توفر الأركان الخاصة لكل جريمة على حدة حتى يمكن العقاب عليها ، كركن الأخذ خفية فى السرقة ، وركن الوطء فى جريمة الزنا ، وغير ذلك من الأركان الخاصة التى تقوم عليها الجرائم المعينة بذواتها .

والفرق بين أركان الجريمة العامة وأركانها الخاصة أن الأركان العامة واحدة فى كل جريمة ، بينما الأركان الخاصة تختلف فى عددها و نوعها باختلاف الجريمة وقد جرى الفقهاء الإسلاميون على بحث أركان الجريمة العامة وأركانها الخاصة بمناسبة بحث كل جريمة ولكنا رأينا مجاراة للتطور الحديث فى التأليف أن نبحث الأركان العامة فى القسم الجنائى العام ، وأن نترك بحث الأركان الخاصة للقسم الجنائى الخاص الذى يتناول الكلام على الجرائم واحدة بعد واحدة بصفة خاصة .

الباب الأول

الركن الشرعى للجريمة

٨٤ - توجب الشريعة لاعتبار الفعل جريمة أن يكون هناك نص يحرم هذا الفعل ، و يعاقب على إتيانه ، وهذا هو ما نسميه اليوم الركن الشرعى للجريمة .

ووجود النص المحرم للفعل المعاقب عليه لا يكفى بذاته للعقاب على كل فعل وقع فى أى وقت وفى أى مكان ومن أى شخص ، وإنما يشترط للعقاب على الفعل المحرم أن يكون النص الذى حرمه نافذ المفعول وقت اقتراف الفعل ، وأن يكون ساريا على المكان الذى اقترف فيه الفعل ، وعلى الشخص الذى اقترفه ، فإذا تخلف شرط من هذه الشروط امتنع العقاب على الفعل المحرم .

فالكلام على الركن الشرعى يقتضى بحث المواضيع الآتية وسنخصص لكل منها فصلا خاصا :

١ - النصوص المقررة للجرائم والعقوبات أى الأحكام الجنائية الشرعية .
٢ - سريان النصوص الجنائية على الزمان .
٣ - سريان النصوص الجنائية على المكان .
٤ - سريان النصوص الجنائية على الأشخاص .

الفصل الأول

النصوص المقررة للجرائم والعقوبات

أى الأحكام الجنائية الشرعية

٨٥ — الكلام على الأحكام الجنائية الشرعية يقتضى الكلام على : —

أولا — الأحكام وأثرها فى الجريمة والعقوبة — ثانيا — أدلة الأحكام الجنائية الشرعية أى مصادر التشريع الجنائى — ثالثا — تفسير الأحكام الجنائية — رابعا — تعارض الأحكام أى النصوص ونسخها و بطلانها — خامساً — علاقة الأحكام الشرعية بالأحكام القانونية . وسنخصص لكل واحد من هذه المواضيع مبحثاً خاصاً .

المبحث الأول

فى الأحكام الجنائية الشرعية وأثرها فى الجريمة والعقوبة

٨٦ — تمهيد : يقسم الفقهاء الأحكام الشرعية أى النصوص إلى نوعين : أحكام تكليفية ، وأحكام وضعية .

فالحكم التكليفى هو ما اقتضى طلب فعل من المكلف ، أو كفه عن فعل ، أو تخييره بين فعل والكف عنه[1] . و يسمى هذا الحكم تكليفياً ؛ لأنه يتضمن إلزام المكلف إتيان فعل ، مثل قوله تعالى : ﴿ إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى

---

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى الجزء الأول ص ١٨١ وما بعدها — المستصفى للغزالى الجزء الأول ص ٦٥ وما بعدها — أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص ٧٤ .

أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ﴾ [النساء : ٥٨] أو إلزام المكلف الكف عن فعل ، مثل قوله تعالى : ﴿ ولا تقتلوا النفس التى حرّمَ الله إلا بالحق ﴾ [الإسراء : ٣٣] وقوله ﴿ ولا تقربوا الزنا ﴾ [الإسراء ٣٢] أوتخيير المكلف فى إتيان الفعل والكف عنه ، مثل قوله تعالى : ﴿ وإذا حللتم فاصطادوا ﴾ [المائدة : ٢] وقوله ﴿ ومن قُتِلَ مظلوماً فقد جعلنا لوليّه سُلطانا ﴾ [الإسراء: ٣٣]

والحكم الوضعى هو ما اقتضى جعل شىء سبباً لشىء ، أو شرطا له ، أومانعا منه ، وسمى الحكم وضعيا لأنه يقتضى :

١ — وضع أسباب لمسببات كقوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ [المائدة : ٣٨] وقوله ﴿ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ [النور:٢] فقد اقتضى الحكم الأول جعل السرقة سبباً فى قطع يد السارق واقتضى الحكم الثانى جعل الزنا سببا لجلد الزانى

٢ — أو يقتضى وضع شروط لمشروطات كقوله تعالى : ﴿ لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء ، فإذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عندالله هُمُ الكاذبون ﴾ [النور:١٣] فهذا الحكم يقتضى اشتراط أربعة شهود لإثبات جريمة الزنا . ومثل قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا قطع إلا فى ربع دينار » فهذا الحكم يشترط لقطع يد السارق أن تبلغ قيمة المسروق ربع دينار فأكثر .

٣ — أو يقتضى وضع موانع من أحكام مثل قول الرسول : « لاقطع فى ثمر معلق » . فهذا الحكم يقتضى جعل تعليق الثمر أى عدم حصد الحاصلات والثمار مانعا من القطع فى سرقتها ومثل قوله صلى الله عليه وسلم : « لاميراث لقاتل » فهذا الحكم يقتضى جعل القتل الحاصل من الوارث مانعا له من الإرث[1]

---

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى الجزء الأول ص ٨١ وما بعدها — المستصفى للغزالى الجزء الأول ص ٩٣ — أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص ٧٤ وما بعدها.

والفرق بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي يظهر من وجهين : أولهما : أن الحكم التكليفي يقصد به طلب فعل أو الكف عنه ، أو التخيير بين إتيان الفعل وتركه .أما الحكم الوضعي فلا يقصد به طلب ولا كف ولا تخيير ، ولكن المقصود منه بيان الأسباب والشروط والموانع . ثانيهما : أن الحكم التكليفي يكون دائماً في مقدور المكلف ، فيستطيع أن يفعله أو يتركه إن شاء ؛ أما الحكم الوضعي فقد يكون أمراً في مقدور المكلف ، وقد لا يكون في مقدوره .

وينبغي أن نلاحظ أن النص الواحد قد يشتمل على حكم تكليفي وحكم وضعي في آن واحد ، ومثل ذلك قوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ فهذا النص يشتمل على حكم تكليفي هو طلب الكف عن السرقة ، ويشتمل في الوقت نفسه على حكم وضعي هو جعل السرقة سبباً في قطع يد السارق .

وليس يهمنا فيما يتعلق بالنص على الجريمة إلا الحكم التكليفي المقتضى طلب فعل من المكلف أو كفه عن فعل . أما الأحكام التكليفية المخيرة فلا يعاقب على تركها أو إتيانها ، ولا يعتبر إتيانها أو تركها جريمة ، على الرأي الراجح .

وفيما يتعلق بالنص على العقوبة يهمنا الحكم الوضعي ، سواء كان سبباً أو شرطاً أو مانعاً ؛ لأنه يبين العقوبة وأسبابها وشروطها وموانعها .

٨٧ — **قواعد أصولية شرعية** : من القواعد الأساسية في الشريعة الإسلامية : أنه « لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص » أي أن أفعال المكلف المسئول لا يمكن وصفها بأنها محرمة ما دام لم يرد نص بتحريمها ، ولا حرج على المكلف أن يفعلها أو يتركها حتى ينص على تحريمها .

وهنالك قاعدة أساسية أخرى تقتضي بأن : « الأصل في الأشياء والأفعال الإباحة » أي أن كل فعل أو ترك مباح أصلا بالإباحة الأصلية ، فما لم يرد نص بتحريمه فلا مسئولية على فاعله أو تاركه .

وهاتان القاعدتان[١] تؤديان معنى واحداً هو أنه لا يمكن اعتبار فعل أو ترك جريمة إلا بنص صريح يحرم الفعل أو الترك، فإذا لم يرد نص يحرم الفعل أو الترك فلا مسئولية ولا عقاب على فاعل أو تارك . ولما كانت الأفعال المحرمة لا تعتبر جريمة فى الشريعة بتحريمها وإنما بتقرير عقوبة عليها، سواء كانت العقوبة حداً أو تعزيراً، فإن المعنى الذى يستخلص من ذلك كله هو أن قواعد الشريعة الإسلامية تقضى بأن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص .

وهناك قاعدة أصولية ثالثة تقضى بأنه : « لا يكلف شرعا إلا من كان قادراً على فهم دليل التكليف أهلا لما كلف به، ولا يكلف شرعا إلا بفعل ممكن مقدور للمكلف معلوم له علما يحمله على امتثاله »[٢] .

فهذه القاعدة تبين الشروط الواجب توفرها فى المكلف أى الشخص المسئول، والشروط الواجب توفرها فى الفعل المكلف به .

فأما المكلف فيشترط فيه أولا : أن يكون قادراً على فهم دليل التكليف، أى أن يكون فى استطاعته فهم النصوص الشرعية التى جاءت بالحكم التكليفى : لأن العاجز عن الفهم لا يمكن أن يمتثل ما كلف به .

ثانيا : أن يكون أهلا لما كلف به أى أن يكون أهلا للمسئولية وأهلا للعقوبة .

أما الفعل المكلف به فيشترط فيه :

---

(١) القاعدة الأخيرة يأخذ بها أكثر الحنفية والشافعية . والقاعدة الأولى يقول بها غيرهم وهم الذين يرون أن الإجابة تستدعى مبيحا والمبيح هو الله تعالى إذا خير بين الفعل وتركه بخطابه، فإذا لم يكن خطاب لم يكن تخيير ولا إباحة . فالأفعال عند هؤلاء لا محظورة ولا مباحة ولا حرج فى إتيانها أو تركها حتى ينص على حظرها أو إباحتها .
وهناك فريق يأخذ بالقاعدة الثانية على أساس أن معنى الإباحة هو أن لا حرج فى إتيان الفعل.
وقد كان هذا الخلاف سببا فى وضع هاتين القاعدتين الأصوليتين . ومن شاء أن يستزيد فليراجع الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى الجزء الأول ص ١٣٠ وما بعدها . والمستصفى للغزالى ج ١ ص ٦٣ وما بعدها . ومسلم الثبوت ج ١ ص ٤٩ ، والإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم ج ١ ص ٥٢ وما بعدها .

(٢) أصول الفقة لعبد الوهاب خلاف ص ١٧٣ .

أولا : أن يكون ممكنا ، فلا تكليف بمستحيل .

ثانياً : أن يكون مقدوراً للمكلف أى فى قدرة الشخص إتيانه أو تركه . فإن لم يكن كذلك فلا يصح التكليف به .

ثانيا : أن يكون الفعل بعد إمكانه وقدرة المكلف عليه معلوما للمكلف علما تاما يحمله على الامتثال ، والعلم التام الذى يحمله على الامتثال يقتضى :

(ا) العلم بالأحكام التكليفية ، ولا تكون معلومة إلا إذا نص عليها ونشر نصها على الكافة ، فمن لم يعلم بأمر أو نهى لايمكن أن يأتمر به أو ينتهى عنه . وتطبيق هذا الشرط على الجرائم يعنى أن لاجريمة بلا نص ينشر على الناس .

(ب) أن يكون فى الحكم ما يحمل المكلف على الامتثال ويكفه عن العصيان وهذا يقتضى علم المكلف بأنه سيعاقب على عدم الطاعة . وتطبيق هذا الشرط على الجرائم معناه أن النص على الجريمة يقتضى النص على العقوبة .

وظاهر بجلاء من هذه القاعدة الأصولية أنها تعنى — كالقاعدتين السابقتين أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص .

٨٨ - مصدر هذه القواعد الأصولية : وهذه القواعد الأصولية التى تقطع بأن لاجريمة ولا عقوبة بلا نص فى الشريعة الإسلامية ، لاتستند فيما جاءت به إلى العقل والمنطق ، ولا تستند إلى نصوص الشريعة العامة التى تأمر بالعدل والإحسان وتحرم الظلم والحيف ، وإنما تستند إلى نصوص خاصة صريحة فى هذا المعنى ، منها قوله تعالى : ﴿ وما كنا مُعَذِّبِينَ حتى نبعثَ رسولا ﴾ [الإسراء : ١٥] وقوله : ﴿ وما كان ربُّك مُهلِكَ القرى حتى يبعث فى أُمِّهَا رسولا يتلو عليهم آياتنا ﴾ [القصص : ٥٩] وقوله : ﴿ لئلا يكون للناس على الله حجةٌ بعد الرسل ﴾ [النساء : ١٦] وقوله : ﴿ لِأُنذركم به ومَنْ بلغ ﴾ [الأنعام: ١٩] وقوله : ﴿ لا يكلف الله نفسا إلا وُسْعَهَا ﴾ [البقرة : ٢٨٦] وقوله : ﴿ قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفرْ لهم ما قد سلف ﴾ [الأنفال : ٣٨] فهذه النصوص قاطعة

فى أن لا جريمة إلا بعد بيان ، ولا عقوبة إلا بعد إنذار ، وأن الله لا يأخذ الناس بعقاب إلا بعد أن يبين لهم وينذرهم على لسان رسله ، وأنه ما كان ليكلف نفساً إلا بما تطيقه .

٨٩ - متى وجدت قاعدة لا جريمة ولا عقوبة بلا نص ؟ : وجدت هذه القاعدة فى الشريعة الإسلامية من مدة تزيد على ثلاثة عشر قرنا ، حيث جاءت بها نصوص القرآن كما بينا ، وبهذا تمتاز الشريعة على القوانين الوضعية التى لم تعرف هذه القاعدة إلا فى أعقاب القرن الثامن عشر الميلادى ، حيث أدخلت فى التشريع الفرنسى كنتيجة من نتائج الثورة الفرنسية ، وقررت لأول مرة ، فى إعلان حقوق الإنسان الصادر فى سنة ١٧٨٩ ، ثم انتقلت القاعدة من التشريع الفرنسى إلى غيره من التشريعات الوضعية .

٩٠ - كيف طبقت الشريعة القاعدة ؟ : بينا فيما سبق أن القاعدة العامة فى الشريعة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص . ودللنا على ذلك بإيراد النصوص الشرعية التى تقرر القاعدة ، وبإيراد القواعد الأصولية التى وضعت تطبيقا لهذه القاعدة العامة ، وإذا كانت الشريعة تقضى بتطبيق القاعدة على كل الجرائم فإن الشريعة لا تطبق القاعدة على غرار واحد فى كل الجرائم ، بل إن كيفية التطبيق تختلف بحسب ما إذا كانت الجريمة من جرائم الحدود ، أو جرائم القصاص والدية ، أو جرائم التعازير . وسنرى فيما يلى كيف طبقت الشريعة القاعدة على مختلف أنواع الجرائم .

الفرع الأول

لا جريمة ولا عقوبة بلا نص فى جرائم الحدود

٩١ - أثر القاعدة فى جرائم الحدود : طبقت الشريعة قاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص تطبيقاً دقيقا فى جرائم الحدود ، وهذا ظاهر بجلاء من

تتبع النصوص التى وردت فى هذه الجرائم .

وجرائم الحدود سبع :

(١) الزنا . (٢) القذف . (٣) الشرب .

(٤) السرقة . (٥) الحرابة .

(٦) الردة . (٧) البغى .

ففى جريمة الزنا يقول الله تعالى : ﴿ ولا تقربوا الزنا ﴾ [الإسراء : ٣٢] ويقول : ﴿ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ [النور : ٢] ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم : «خذوا عنى فقد جعل الله لهن سبيلا : البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيِّب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة » فهذه النصوص تحرم الزنا وتعاقب عليه بالتغريب والجلد والرجم ، وهى كل العقوبات المقررة للزنا فى الشريعة .

وفى جريمة القذف يقول الله تعالى : ﴿ والذين يرمون المُحْصَنَاتِ ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون ﴾ [النور : ٤] فهذا النص يحرم القذف ويعاقب عليه بعقوبة أصلية هى الجلد ، وبعقوبة تبعية هى الحرمان من حق أداء الشهادة ، وليس للقذف فى الشريعة عقوبة غير هاتين العقوبتين .

وفى جريمة الشرب يقول الله تعالى : ﴿ إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه ﴾ [المائدة : ٩] ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « كل مسكر حرام » ، ويقول : ما أسكر كثيره فقليله حرام » وهذه النصوص قاطعة فى تحريم تناول الخمر والمسكرات .

أما العقوبة فقد عين النبى صلى الله عليه وسلم نوعها بقوله : « إضربوه » ولكن لم يؤثر عنه أنه حدد مقدار العقوبة تحديداً قاطعا . وقد روى عنه أنه

ضرب أربعين فى الخمر ، وروى عنه أن الضرب لم يكن محدد العدد ، وفى عهد عمر - رضى الله عنه - أجمع الصحابة على أن يضرب شارب الخمر ثمانين جلدة قياساً على القاذف ؛ لأن الشارب إذا سكر هذى ، و إذا هذى افترى . فالعقوبة إذاً تحددت بقول الرسول وعمله وإجماع الصحابة . وسنة الرسول مصدر من مصادر التشريع الإسلامى، وإجماع الصحابة مصدر آخر من مصادر هذا التشريع ، أى أن السنة والإجماع يقوم كلاهما مقام النص على العقوبة .

وفى جريمة السرقة يقول الله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كَسَبَا نَكالاً من الله ﴾ [المائدة : ٣٨] فهذا النص يحرم السرقة و يحدد عقوبتها .

وفى جريمة الحرابة يقول الله تعالى : ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويَسْعَوْنَ فى الأرض فساداً أن يُقَتَّلوا أو يُصَلَّبُوا أو تُقَطَّعَ أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ، ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم ﴾ [المائدة : ٣٣] فهذا النص يحرم الحرابة والسعى بالفساد فى الأرض ، ويعاقب على ذلك بالنفى والقطع والقتل والصلب .

وفى جريمة الردة يقول الله تعالى : ﴿ ومن يبتغ غير الإسلام ديناً فلن يقبل منه ﴾ [آل عمران : ٨٥] ويقول : ﴿ ومن يَرْتَدِدْ منكم عن دينه فَيَمُتْ وهو كافر فأولئك حبطت أعمالُهُمْ فى الدنيا والآخرة ﴾ [البقرة : ٢١٧] و يقول النبى صلى الله عليه وسلم : « من بدل دينه فاقتلوه » ويقول أيضا « لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث : الثيب الزانى ، والنفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة » فهذه النصوص تحرم الردة وتعاقب عليها بالقتل .

وفى جريمة البغى يقول الله تعالى : ﴿ وإنْ طائفتان من المؤمنين اقْتَتَلوا فأصلحوا بينهما ، فإن بَغَتْ إحداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفئ إلى أمر الله ﴾ [الحجرات : ٩] و يقول النبى صلى الله عليه وسلم : « من أتاكم

وأمركم على رجل واحد ، يريد أن يشق عصاكم ويفرق جماعتكم فاقتلوه » ويقول: « ستكون هنات وهنات فمن أراد أن يفرق هذه الأمة وهى جمع، فاضربوه بالسيف كائناً من كان » . فهذه النصوص تحرم بغى طائفة على طائفة ، وتجعل جزاء البغى القتال والقتل حتى يفىء الباغى ويرجع عن بغيه .

هذه هى جرائم الحدود ليس فيها جريمة إلا نص على تحريمها ونص على عقوبتها ، بل لقد عينت الشريعة العقوبات فى جرائم الحدود تعييناً دقيقاً بحيث لم تترك للقاضى أية حرية فى اختيار نوع العقوبة أو تقدير كمها ، حتى ليمكن القول بأن هذه العقوبات ذات حد واحد حكما ، وإن كان بعضها يحتمل بطبيعته أن يكون ذا حدين . فلا تسمح الشريعة للقاضى أن ينقص العقوبة أو يستبدل غيرها بها أو يوقف تنفيذها . ولم تجعل الشريعة لظروف الجريمة أو المجرم أى أثر على عقوبات جرائم الحدود ، كما أنها لم تجعل للسلطة التنفيذية حق العفو عن هذه العقوبات ومن ثم سميت هذه العقوبات بالعقوبات المقدرة حقاً لله تعالى ، اشارة إلى أنها محددة النوع والمقدار ، وأنها لازمة فلا يمكن المساس بها .

الفرع الثانى

لا جريمة ولا عقوبة بلا نص فى جرائم القصاص والدية

٩٢ — أثر القاعدة فى جرائم القصاص والدية : طبقت الشريعة قاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص تطبيقاً دقيقاً فى جرائم القصاص والدية ، وليس أدل على ذلك من استعراض النصوص التى وردت فى هذه الجرائم .

والجرائم التى يعاقب عليها بالقصاص هى : القتل العمد ، وإتلاف الأطراف عمداً ، والجرح العمد .

أما الجرائم التي يعاقب عليها بالدية فهي جرائم القصاص إذا عفي عن القصاص أو امتنع القصاص لسبب شرعي ، ثم القتل شبه العمد ، والقتل الخطأ ، وإتلاف الأطراف خطأ ، والجرح الخطأ .

ففي جريمة القتل العمد يقول الله تعالى : ﴿ ولا تقتلوا النفس التي حرَّمَ الله إلا بالحق ﴾ [الإسراء:٣٣] ويقول:﴿ يأيها الذين آمنوا كُتِبَ عليكم القصاص في القتلى : الحر بالحر، والعبد بالعبد ، والأنثى بالأنثى ، فمن عُفِيَ له من أخيه شيء فاتِّباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ﴾ [البقرة : ١٧٨] ويقول جل شأنه : ﴿ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ﴾ [المائدة:٤٥]ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم « من اعتبط مؤمنا بقتل فهو قَوَدٌ به إلا إن رضي ولي المقتول »ويقول: « من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين : إن أحبوا فالقود ـ أي القصاص ـ وإن أحبوا فالعقل أي الدية » . ويقول : « في النفس مائة من الإبل » .

فهذه النصوص تحرم القتل العمد وتجعل عقوبته القصاص إلا إذا عفا ولي القتيل على الدية ، فتكون العقوبة الدية ، وهي مائة من الإبل .

وفي جريمة إتلاف الأطراف عمداً والجرح العمد يقول الله جل شأنه : ﴿ ولكم في القِصَاصِ حياةٌ يا أولي الألباب لعلكم تتقون ﴾ [البقرة : ١٧٩] ويقول:﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس، والعين بالعين ، والأنف بالأنف، والأذن بالأذن ، والسن بالسن ، والجروح قصاص ، فمن تصدق به فهو كفارة له ، ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون ﴾ [المائدة : ٤٥] ويقول : ﴿ فمن اعتدَى عليكم فاعتدوا عليه بِمِثْلِ ما اعتدى عليكم ﴾ . [البقرة : ١٩٤] ويقول : ﴿ وإن عاقبتم فعاقِبُوا بمثل ما عُوقبْتُم به ﴾ [النحل : ١٢٦] فهذه النصوص صريحة في تحريم إتلاف الأطراف والجراح ، وفي جعل عقاب الجريمة القصاص في حالة العمد .

وفى جريمة القتل شبه العمد يقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « ألا إن فى قتيل عمد الخطأ : قتيل السوط ، والعصا ، والحجر، مائة من الإبل » ؛ فهذا النص يحرم القتل شبه العمد ، و يعاقب عليه بالدية .

وفى جريمة القتل الخطأ يقول الله تعالى : ﴿ وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودِيَةٌ مسلمة إلى أهله إلا أن يصَّدَّقوا ، فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ، و إن كان من قوم بينكم و بينهم ميثاق فَدِيَةٌ مسلمةٌ إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله ، وكان الله عليما حكيما ﴾ [النساء:٩٢] ويقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: « وفى دية الخطأ عشرون حِقَّة ، وعشرون جَذَعَة ، وعشرون بنت مخاض، وعشرون بنت لبون، وعشرون بنو مخاض » فهذان النصان يحرمان القتل الخطأ، ويعاقبان عليه بالدية ، و يبينان مقدارها وأوصافها .

وفى قطع الأطراف والجراح خطأ حدد الرسول العقوبة على أساس أن ما كان فى الجسم منه عضو واحد كالأنف والذكر واللسان ففيه الدية كاملة ، وما كان فى الجسم منه عضوان ففيه نصف الدية فقال صلى الله عليه وسلم : « فى الأنف إذا أوعب مارنه جدعا الدية » وقال : « وفى اللسان الدية ، وفى الذكر الدية » وقال : « فى الصلب الدية » وقال: « فى اليدين الدية ، وفى الرجلين الدية » وقال: « فى الأنثيين الدية » وقال : « فى الأذنين الدية » وقال : « فى العين خمسون من الإبل » وقال : « فى السن خمس من الإبل » وأوجب الرسول الدية فى إذهاب المعانى ، كالسمع والبصر والعقل .

أما الجراح فقد حدد النبى عقوبة بعضها دون بعض ، فجعل أرش الموضحة خمساً من الإبل ، وأرش الهاشمة عشراً من الإبل ، وفى الآمة والدامغة[1] ثلث

---

(١) الموضحة والهاشمة والآمة والدامغة أسماء لجراح تصيب الرأس والوجه وتسمى الشجاج. والموضحة : هى التى تكشف عن العظم . والهاشمة : هى التى تهشم العظم . والآمة : هى التى تصل إلى الجلدة التى تغطى المخ . والدامغة : هى التى تصل إلى المخ نفسه . ويطلق الفقهاء لفظ الشجاج =

الدية ، وجعل فى كل جرح يصل إلى الجوف ثلث الدية .

والقاعدة العامة فى الشريعة : أن كل تلف أو جرح لم يحدد له الرسول دية أو أرشاً[١] فيه حكومة ، وهى ما يحكم به القاضى بناء على تقدير أهل الخبرة بحيث لا يمكن أن تصل الحكومة إلى الدية أو الأرش الذى عينه الرسول للتالف أو الجرح الذى يليه فى الشدة . وهذه القاعدة مجمع عليها من الأئمة .

والدية فى قطع الأطراف والجراح العمدية هى نفس الدية الواجبة فى الخطأ ولكنهما يختلفان فى الوصف ، فدية العمد مغلظة ، ودية الخطأ مخففة طبقا لأحاديث الرسول وفعله .

وإذن فالعقوبة فى إتلاف الأطراف محددة تحديداً لا شك فيه بنصوص صريحة فى معظم الأحوال ، وبإجماع لا شك فيه فى بقية الحالات ، والإجماع كما علمنا مصدر تشريعى من مصادر الشريعة الإسلامية ، وهو ملزم للمكلف كما يلزمه النص الصريح .

ومما سبق يتبين أن جرائم القصاص والدية منصوص عليها وعلى عقوباتها ، وأن الشريعة عينت هذه العقوبات تعيينا دقيقا بحيث لم تترك للقاضى حرية فى اختيار العقوبة أو تقديرها ، فكل مهمته أن يوقع العقوبة المقررة إذا ثبت لديه أن الجانى هو الذى ارتكب الجريمة بغض النظر عن ظروف الجريمة وظروف الجانى .

ويلاحظ أن سلطة القاضى فى جرائم القصاص والدية تماثل سلطته فى جرائم الحدود . ولا تفترق عنها إلا فى أن القاضى ملزم أن لا يطبق عقوبة القصاص أو الدية إذا عفا عنها المجنى عليه أو وليه ، وأن يطبق العقوبة التى

= على جراح الرأس والوجه . أما ماعدا ذلك فيسمونه جراحا إلا مايصل للتجويف الصدرى والبطنى فيسمونه جائفة .

(١) يطلق لفظ الدية على الدية الكاملة : ويطلق لفظ الأرش على بعض الدية .

توجبها الشريعة أو يوجبها ولى الأمر فى حالة العفو عن القصاص والدية .

وعقوبة القصاص وعقوبة الدية من العقوبات المقدرة ؛ لأنها محددة النوع والمقدار ، ولكنها مقدرة حقا للأفراد ، ومن ثم كان للمجنى عليه أو وليه العفو عن العقوبة لأنها حقه ، وصاحب الحق يستطيع أن يستوفيه وأن يتركه ، أما ولى الأمر فليس له أن يسقط عقوبة القصاص أو الدية أو يعفو عن أحدهما ، كما أنه لا يستطيع أن يسقط عقوبات الحدود أو يعفو عنها ؛ لأنه لا يملك إسقاط حقوق الله ولا حقوق الأفراد[1] وإن كان عليه أن يستوفيها لأن استيفاءها من مقتضيات وظيفته .

---

(١) يقسم الفقهاء الحقوق التى تنشأ عن الجرائم إلى نوعين : حقوق لله تعالى ، وحقوق للآدميين ، ويعتبرون الحق لله تعالى كلما كان خالصا لله أو كان حق الله فيه غالبا ، ويعتبرون الحق للعبد كلما كان خالصا له أو كان حق العبد غالبا فيه . وتنشأ حقوق الله عن الجرائم التى تمس مصالح الجماعة ونظامها ، وتنشأ حقوق الآدميين عن الجرائم التى تمس حياة الأفراد وحقوقهم ، وحين ينسب الفقهاء الحق لله يعنون بذلك أنه لا يقبل الإسقاط من الأفراد ولا من الجماعة ، وحين ينسبون الحق للأفراد يعنون بذلك أنه لا يقبل الإسقاط إلا من الأفراد.

والواقع أن كل جريمة تمس مصلحة الجماعة إنما تمس فى النهاية مصلحة الأفراد ، وكل جريمة تمس مصلحة الأفراد تمس فى النهاية مصلحة الجماعة ولو كان محل الجريمة حقا خالصاً للفرد. وفى هذا يقول أحد الفقهاء : [ما من حق لآدمى إلا ولله فيه حق إذ من حق الله على كل مكلف ترك أذاه لغيره] راجع شرح الزرقانى على مختصر خليل ج ٨ ص ١١٥ ـ فإذا اعتبرت الشريعة بعض الجرائم ماسة بمصلحة الجماعة فذلك لأنها تمس مصلحة الجماعة أكثر مما تمس مصلحة الفرد وإذا اعتبرت بعض الجرائم ماسة بمصلحة الأفراد ؛ فذلك لأنها تمس مصلحة الأفراد ، أكثر مما تمس مصلحة الجماعة .

والأصل فى الشريعة: أن فرض العقوبة واستيفاءها حق لله تعالى ولكن الشريعة جعلت استيفاء بعض العقوبات حقا للأفراد ، كعقوبة القصاص والدية فلهم أن يتمسكوا بها أو يتنازلوا عنها . فإذا تنازلوا عنها كان للجماعة أن تعاقب الجانى بالعقوبة الملائمة لظروف الجريمة والمجرم. وعلى هذا فإن جعل استيفاء بعض العقوبات حقا للأفراد لا يسلب الجماعة حقها فى فرض عقوبات أخرى على هذه الجرائم ، ولا يمنع من تنفيذ هذه العقوبات الأخرى بمعرفة الجماعة .

والخلاصة : أن الحق ينسب لله كلما كان خالصا لمصلحة الجماعة أو غلبت عليه مصلحة الجماعة ونسبة الحق لله لا تفيده جل شأنه شيئاً ، وإنما تمنع الجماعة والأفراد من إسقاط الحق ؛ لأن حق الله لا يملك أحد إسقاطه .

الفرع الثالث

لا جريمة ولا عقوبة بلا نص فى جرائم التعازير

٩٣ - أثر القاعدة فى جرائم التعازير : طبقت الشريعة قاعدة أن لاجريمة ولا عقوبة بلا نص فى جرائم التعازير أيضا ، وكان من المنطق أن تطبقها ؛ لأن القاعدة من القواعد الأساسية فى الشريعة فلا يمكن إهمالها ، ولكن الشريعة لم تطبق القاعدة على الوجه الذى طبقتها به على جرائم الحدود ، أو جرائم القصاص والدية ، ولم تتقيد بالحدود الضيقة التى قيدت بها تطبيق القاعدة فى تلك الجرائم ، وإنما توسعت الشريعة فى تطبيق القاعدة على جرائم التعازير إلى حد ما ؛ لأن المصلحة العامة وطبيعة التعزير تقتضى هذا التوسع الذى جاء على حساب العقوبة فى أغلب الأحوال ، وعلى حساب الجريمة فى القليل النادر .

وقد جاء هذا التوسع على حساب العقوبة ؛ لأنه لايشترط فى جرائم التعازير أن يكون لكل جريمة عقوبة معينة محددة يتقيد بها القاضى كما هو الحال فى جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية ، فللقاضى أن يختار لكل جريمة ولكل مجرم العقوبة الملائمة من مجموعة من العقوبات شرعت لعقاب الجرائم التعزيرية كلها ، وللقاضى أن يخفف العقوبة وأن يغلظها .

وجاء التوسع على حساب الجريمة ؛ لأنه يجوز فى بعض الجرائم التى تمتاز بصفات معينة أن لاينص على الجريمة بحيث يعينها النص تعيينا كافيا ، بل يكفى أن ينص عليها بوجه عام .

٩٤ - ما هو التعزير ؟ : ولأجل أن نتبين أثر القاعدة تماما فى جرائم التعازير يجب أن نعرف قبل كل شىء ماهو التعزير ؟ والتعزير : هو تأديب على

ذنوب لم تشرع فيها الحدود[١] ، أى هو عقوبة على جرائم لم تضع الشريعة لأيها عقوبات معينة محددة ، فهو يتفق مع الحدود[٢] من وجه وهو أنه تأديب استصلاح وزجر يختلف بحسب اختلاف الذنب ، ولكنه يختلف عنها من وجهين[٣] : ـ

أولهما : أن لكل حد عقوبة معينة أو عقوبات لا محيص من توقيعها على الجانى ، أما فى التعزير فهناك مجموعة من العقوبات تبدأ من النصح وتنتهى بالجلد والحبس ، وقد تصل للقتل فى الجرائم الخطيرة ، و يترك للقاضى أن يختار من بين هذه المجموعة العقوبة الملائمة للجريمة لحال المجرم ونفسيته وسوابقه ، وللقاضى أن يوقع أكثر من عقوبة ، وله أن يخفف العقوبة أو يشددها ، وله أن يوقف التنفيذ إن رأى فى ذلك ما يكفى لردع الجانى وتأديبه .

ثانيهما : أن عقوبة الحد لا يجوز لولى الأمر فيها العفو . أما عقوبات التعازير فلولى الأمر العفو عنها كلها أو بعضها .

٩٥ — الشريعة لم تنص على كل جرائم التعازير : لم تنص الشريعة على كل جرائم التعازير ، ولم تحددها بشكل لا يقبل الزيادة والنقصان ، كما فعلت فى جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية . وإنما نصت على ما تراه من هذه الجرائم ضارا بصفة دائمة بمصلحة الأفراد والجماعة والنظام العام . وتركت لأولى الأمر فى الأمة أن يحرموا ما يرون بحسب الظروف أنه ضار بصالح الجماعة أو أمنها أو نظامها . وأن يضعوا قواعد لتنظيم الجماعة وتوجيهها ، و يعاقبوا على مخالفتها . والقسم الذى ترك لأولى الأمر من جرائم التعازير أكبر من القسم الذى نصت عليه الشريعة وحددته . ولكن الشريعة لم تترك لأولى الأمر حرية مطلقة فيما يحلون أو يحرمون بل أوجبت أن يكون ذلك متفقا

---

(١) الأحكام السلطانية ص ٢٠٥ . بدائع الصنائع ج٧ص٦٣ أسنى المطالب ج٤ س١٦١
(٢) المقصود بالحدود: العقوبات المقدرة وهى المقررة لجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية
(٣) الأحكام السلطانية ص ٢٠٦ ، ٢٠٧ .

مع نصوص الشريعة ومبادئها العامة وروحها التشريعية .

٩٦ — أقسام التعزير : ينقسم التعزير ثلاثة أقسام (١) تعزير على المعاصى (٢) وتعزير للمصلحة العامة (٣) وتعزير على المخالفات

والأول فرض على أفعال حرمتها الشريعة بذواتها و يعتبر إتيانها معصية .
والثانى فرض لأفعال وحالات لم تحرم لذواتها وإنما حرمت لأوصافها . ولا يشترط فى الفعل أو الحالة المحرمة أن يكون معصية — والثالث فرض على أفعال حرمتها الشريعة بذواتها و يعتبر إتيانها مخالفة ولا يعتبر معصية .

والفرق بين هذه الأقسام الثلاثة ، أن الفعل فى القسم الأول يكون محرما دائما ومعتبرا معصية ، وفى القسم الثانى لا يكون الفعل محرما إلا إذا توفر فيه وصف معين ؛ لأن الفعل ذاته ليس معصية ، أما فى القسم الثالث فيكون الفعل مأمورا به أو منهيا ، ولكن إتيانه يعتبر مخالفة لا معصية .

القسم الأول

فى التعزير على المعاصى

٩٧ — التعزير على المعاصى : من المتفق عليه أن التعزير يكون فى كل معصية لا حد فيها ولا كفارة سواء كانت المعصية لله أو لحق آدمى[١] ، ومعنى أن المعصية لله أنها تمس حقوق الجماعة أو أمنها أو نظامها ، ومعنى أنها لحق آدمى أنها تمس حقوق الأفراد .

والمعاصى هى إتيان ما حرمته الشريعة من المحرمات وترك ما أوجبته من الواجبات .[٢]

---

(١) المهذب ج ٢ ص ٣٠٦ — مواهب الجليل ج ٦ ص ٣١٩ ، ٣٢٠ — المغنى والشرح الكبير ج ١٠ ص ٣٤٧ — حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٥١ — الزيلعى ج ٣ ص ٢٠٧ .
(٢) المعنى الفنى للمعصية يقابل تماما بالمعنى للجريمة فى استعمالنا القانونى .

ويعرف المحرم بأنه ما طلب من المكلف الكف عن فعله طلباً حتما ، بأن تكون صيغة طلب الكف دالة على الحتم مثل قوله تعالى: ﴿ حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير ﴾ أو أن يكون النهى عن الفعل مقترنا بما يدل على أنه حتم مثل قوله تعالى: ﴿ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة﴾ وقوله : ﴿ ولاتقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق ﴾ . أو أن يكون الأمر بالاجتناب مقترنا بذلك ، نحو قوله تعالى: ﴿ إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه ﴾ أو أن يكون طلب الكف مقترنا بترتيب عقوبة مثل قوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾ .

ويعرف الواجب بأنه ما طلب فعله من المكلف طلبا حتما بأن اقترن طلبه بما يدل على تحتيم فعله ، مثل قوله تعالى : ﴿ ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف ، وينهون عن المنكر ﴾ . ومثل قوله : ﴿ إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ﴾ .

ويختلف المحرم عن المكروه ، فالمكروه هو ما طلب من المكلف الكف عن فعله طلبا غير حتم ، فإن كان الطلب حتما فهو المحرم .

ويختلف الواجب عن المندوب ، فالمندوب هو ما طلب فعله من المكلف طلبا غير حتم ، فإن كان الطلب حتما فهو الواجب .

وقد يشتبه المحرم بالمكروه ، ويشتبه الواجب بالمندوب ، وفى هذه الحالة يعتمد على القرائن لبيان نوع الطلب ، فإن دلت القرائن على الكف المحتم فهو المحرم ، وإن دلت على الفعل المحتم فهو الواجب ، أما إذا دلت على الكف غير المحتم فهو المكروه ، وإن دلت على الفعل غير المحتم فهو المندوب . ومن أهم القرائن المعتبرة فى حالة الاشتباه قرينة العقوبة ، فإن فرضت على مخالفة الطلب عقوبة فالفعل محرم أو واجب ، وإن لم تفرض عقوبة فالفعل مكروه أو مندوب مالم يستنفد الحتم من قرينة أخرى ، ولهذا يعرف بعض علماء الأصول المحرم

بأنه مااستحق فاعله العقوبة ، ويعرف الواجب : بأنه ما يستحق تاركه العقوبة ، ويعرف المكروه : بأنه مالا يستحق فاعله العقوبة وإن استحق اللوم ، ويعرف المندوب : بأنه مالا يستحق تاركه العقوبة وقد يستحق اللوم . وهى تعريفات غير دقيقة كما يرى البعض الآخر[١] .

٩٨ - أنواع المعاصى : يقسم الفقهاء المعاصى إلى ثلاثة أنواع :

النوع الأول : ما فيه الحد[٢] وقد تضاف إلى حد الكفارة ، مثل القتل والسرقة والزنا وغير ذلك من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، ولا يدخل تحت هذا النوع إلا جرائم الحدود وعددها سبع ، وجرائم القصاص والدية وعددها خمس ؛ لأن هذه الجرائم دون غيرها هى التى تعاقب عليها الشريعة بعقوبة الحد أى بعقوبة مقدرة .

والأصل فى هذا النوع من المعاصى أن عقوبة الحد تغنى فيه عن التعزير ، لكن ليس ثمة ما يمنع أن يجتمع التعزير مع عقوبة الحد إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة ، وهذا هو اتجاه المذاهب الأربعة .

فمالك يرى تعزير الجانى مع عقوبة القصاص فى الجناية عمداً على ما دون النفس[٣] ، وحجته فى هذا أن القصاص جعل مقابلا للجريمة ، وهو حق المجنى عليه ، وأن التعزير للتأديب وهو حق الجماعة ، ولا يرى مالك الجمع بين القصاص والتعزير فى القتل العمد ؛ لأنه لا فائدة من التعزير مع القتل ، ولكنه يرى التعزير كلما سقط القصاص لمانع من الموانع[٤] .

وفى مذهب الشافعى يجيزون اجتماع الحد مع التعزير ، كما قتل من لا يقاد

---

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ج ١ ص ١٦٠ - ١٧٤ ، علم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ٧٩ - ٨٩ .

(٢) المقصود بالحد هنا العقوبة .

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٧ . شرح الدردير ج ٤ ص ٢٢٤ .

(٤) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٨ .

به ، فإن عليه الدية وهى حد وعليه التعزير ، وكالزيادة على الأربعين فى حد الشرب ؛ لأن حد الشرب عند الشافعية أربعون جلدة ، وما زاد على ذلك فهو عندهم تعزير ، وكتعليق يد السارق فى عنقه بعد قطعها فإن القطع هو الحد والتعليق تعزير[١] .

وفى مذهب أحمد يجيزون تعليق يد السارق فى عنقه بعد قطعها[٢] ، ومعنى هذا أنهم يجيزون أن يجتمع مع الحد التعزير .

وفى مذهب أبى حنيفة يعتبرون التغريب المقرر للزانى غير المحصن تعزيراً لا حدا ، ويجيزون أن يجتمع التغريب مع الحد بهذه الصفة ومعنى هذا أنهم يجيزون اجتماع الحد مع التعزير[٣]

النوع الثانى : ما فيه الكفارة ولا حد فيه كالوطء فى نهار رمضان والوطء فى الإحرام .

والكفارة فى أصلها نوع من العبادة ؛ لأنها عبارة عن عتق أو صوم أو إطعام مساكين ، فإذا فرضت فيما لا يعتبر معصية كانت عبادة خالصة ، ومثل ذلك الإطعام بدل الصوم لمن لا يطيق الصوم ، وإذا فرضت على معصية فهى عقوبة خالصة ، كالكفارة فى القتل الخطأ والظهار ، والكفارة فى هذا تشبه المال ، فهو قد يكون عقوبة جنائية كما فى حالة الغرامة ، وقد يكون تعويضا إذا حكم به لتعويض الضرر ، وقد يكون عقوبة وتعويضا إذا جمع بين العقوبة والتعويض كالدية .

والمعاصى التى تدخل تحت هذا النوع محدودة ، ومحلها إفساد صيام ،

---

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٢ . نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٨ .
(٢) المغنى ج ١٠ ص ٢٦٦ .
(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٩ . شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٦ .

أو إفساد إحرام ، أو حنث فى يمين ، أو وطء فى حيض أو ظهار[١] .

ويختلف الفقهاء فى جواز التعزير فى هذا النوع من المعاصى ، فيرى البعض أن لا تعزير فيه ؛ اكتفاء بالعقوبة التى حددت له وهى الكفارة ، ويرى البعض الآخر ورأيهم الراجح أنه لايجوز أن يجتمع مع الكفارة التعزير[٢] .

النوع الثالث : مالا حد فيه ولا كفارة ، كتقبيل المرأة الأجنبية والخلوة بها ، والشروع فى السرقة ، وأكل الميتة ، ويدخل تحت هذا النوع مالا يدخل تحت النوعين السابقين ، فيدخل تحته معظم المعاصى ، بل إن المعاصى التى تدخل تحته لاتعد كثرة ؛ لأنها غير محصورة .

ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن هذا النوع من المعاصى فيه التعزير أى لاعقوبة عليه إلا التعزير .

والمعاصى التى لاحد فيها ولا كفارة متنوعة ، ولكنها لا تخرج عن أحد أنواع ثلاثة[٣] :

ا — نوع شرع فى جنسه الحد ولكن لاحد فيه ، كالسرقة من غير حرز وسرقة مادون النصاب ، والسرقة غير التامة ، فالسرقة شرع فيها الحد بشروط منها أن تكون من حرز ، وأن يكون المسروق نصاباً ، وأن تكون السرقة تامة ، فإذا لم تتوفر هذه الشروط فلاحد . ومثل ذلك : الشروع فى الزنا ومقدمات الزنا من خلوة وتقبيل وعناق . وهكذا كل ما شرع فيه الحد ولم تتوفر فيه شروط الحد فلا حد فيه وإنما فيه التعزير .

---

(١) عبرنا بهذه العبارات لنجمع بين مختلف الآراء فهناك مثلا من يرى الكفارة على الوطء فى الحيض ، وهناك من لايراها ، وهناك من يقول بالكفارة فى الوطء فى الصيام فقط ، ومن يقول بها فيما يفطر ويغذى .

(٢) أعلام الموقعين جـ ٢ ص ٢٢١ — المقدمات لابن رشد جـ ٢ ص ١٥١ — تبصرة جـ ٢ ص ٢٥٩ — أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٦٢ — نهاية المحتاج جـ ٨ ص ١٨ .

(٣) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٦٤ .

ب — نوع شرع فيه الحد ولكن امتنع الحد فيه إما لشبهة درأت الحد كوطء الزوجة فى دبرها ، وسرقة المال المشترك ، وإما لسبب خاص بالجانى . كقتل الأب ولده فإنه لاقصاص فيه ، وسرقة الفروع من الأصول فإنها لا قطع فيها ، ويحل محل القطع التعزير .

ج — نوع لم يشرع فيه ولافى جنسه الحد ، ومن هذا النوع أكثر المعاصى مثل أكل الميتة والدم ولحم الخنزير ، وخيانة الأمانة ممن اؤتمن عليها كأمين بيت المال وناظر الوقف والوصى والوكيل ، ومثل تطفيف المكيال والميزان وشهادة الزور ، وأكل الربا ، والسب والرشوة وغير ذلك .

٩٩ - ما هو السبيل إلى معرفة المعاصى ؟ : والمعاصى سواء كان فيها حد أو كفارة أو لاحد فيها ولا كفارة ، مبينة بياناً لاخفاء فيه فى الشريعة الإسلامية وكل إنسان يستطيع إذا شاء أن يعرفها ويلم بها لو راجع النصوص من قرآن وسنة ، فالسبيل إلى معرفة المعاصى هو نفس السبيل الذى تعرف به الجرائم فى القوانين الوضعية ، هو الاطلاع والدراسة ؛ فمن اطلع ودرس عرف المعاصى فى الشريعة ، وعرف الجرائم فى القوانين الوضعية ، ومن لم يطلع ولم يدرس فهو جاهل بالشريعة ، كما هو جاهل بالقوانين وبغيرها من العلوم . وليس بعيب الشريعة فى أى شىء أن المعاصى لم تجمع فى كتاب واحد ، فإن العبرة ليست بجمع الجرائم فى كتاب خاص بها ، وإنما العبرة بالنص على الأفعال المعتبرة جرائم ، وعلى عقوباتها ، على أنه ليس فى الشريعة ما يمنع أولى الأمر من جمع المعاصى فى كتاب خاص تبين فيه واحدة واحدة . مرتبة بحسب نوعها أو عقوبتها أو محلها أو غير ذلك من أوجه الترتيب والتنظيم ما دام المقصود من التجميع تسهيل الاطلاع على المعاصى وتيسير العلم بها .

ومن يراجع النصوص الشرعية ويدرسها يستطيع دون شك أن يجد لكل معصية نصا صريحاً حرمها ، ونصا صريحاً يعاقب عليها إن كانت المعصية معاقباً

عليها بالحد أو الكفارة ، أما إن كان معاقبا عليها بالتعزير فإنه يجد النص الذى حرمها ، والنصوص التى فرضت عقوبات التعزير عليها وعلى غيرها .

ولقد استعرضنا جرائم الحدود ، وجرائم القصاص والدية ، فوجدنا لكل هذه الجرائم نصوصا تحرمها ، وتحد عقوباتها ، وهذه الجرائم تدخل كما علمنا تحت النوع الأول من أنواع المعاصى ، وهو النوع الذى فيه الحد أصلا والكفارة مع الحد أحيانا ، وبقى أن نستعرض النوع الثانى من المعاصى الذى فيه الكفارة ، والذى قلنا إن هناك خلافا على التعزير فيه ، وبعد أن نستعرض النصوص التى وردت فيه ، نستعرض النوع الثالث من المعاصى وهو النوع الذى لا حد فيه ولا كفارة .

١٠٠ — المعاصى التى فيها الكفارة ولا حد فيها : ذكرنا أن هذه المعاصى هى إفساد الصيام ، وإفساد الإحرام ، والحنث فى اليمين ، والوطء فى حيض ، والوطء فى ظهار ، وسنعرضها واحدة بعد أخرى .

إفساد الصيام : يقول الله تعالى : ﴿يا أيها الذين آمنوا كُتبَ عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم﴾ [البقرة : ١٨٣] ويقول ﴿ أُحِلَّ لكم ليلة الصيام الرفثُ إلى نسائكم ، هُنَّ لِبَاس لكم وأنتم لباس لهن ، علم الله أنكم كنتم تختانون أنفسكم فتاب عليكم وعفا عنكم ، فالآن باشروهن ، وابتغوا ما كتب الله لكم ، وكلوا واشربوا حتى يتبينَ لكم الخيطُ الأبيضُ من الخيط الأسود من الفجر ، ثم أتموا الصِّيامَ إلى اللَّيل ، ولا تباشروهن وأنتم عاكفون فى المساجد ، تلك حدودُ الله فلا تقربوها﴾ [البقرة ١٨٧] . وروى أبو هريرة ، أن رجلا جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « هلكتُ يا رسول الله . قال : وما أهلكك ؟ قال : وقعت على امرأتى فى رمضان . قال : هل تجد ما تعتق به رقبة ؟ قال : لا . قال : فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين ؟ قال : لا . قال : فهل تجد ما تطعم به ستين مسكينا ؟ قال : لا . ثم جلس فأتى النبى بفرق

فيه تمر فقال : تصدق بهذا » . فهذه نصوص صريحة تفيد وجوب الصوم وتحرم إفساده بجماع أو طعام أو شراب ، وتجعل عقوبة من أفسد صيامه بجماع ، عتق رقبة ، أو صيام شهرين متتابعين ، أو إطعام ستين مسكيناً ، كفارة عن المعصية التى وقع فيها [1] .

إفساد الإحرام: يقول الله تعالى :﴿وأتموا الحج والعُمْرةَ لله، فإن أُحْصِرْتُمْ فما اسْتَيْسَرَ من الهَدْىِ ، ولا تحلقوا رءوسَكمُ حتى يبلغ الهدى مَحِلَّهُ ،فمن كانَ منكم مريضاً أو به أذى من رأسه ، ففدية من صيام ، أو صدقة ، أو نُسُك ، فإذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدى ، فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام فى الحج ، وسبعة إذا رجعتم ، تلك عشرة كاملة ، ذلك لمن لم يكن أهله حاضرى المسجد الحرام ﴾ [البقرة:١٩٦] و يقول: ﴿ الحج أَشْهُرٌ مَعْلُومات فمن فرض فيهن الحج فلا رَفَثَ ولا فُسوق ولا جِدال فى الحج ﴾ [البقرة : ١٩٧] . ويقول : ﴿ وحُرِّم عليكم صيد البر مادمتم حُرُما ﴾ [المائدة : ٩٥] . ويقول ﴿ يا أيها الذين آمنوا لاتقتلوا الصَّيد وأنتم حرم ، ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ماقتل من النَّعم يحكم به ذوا عَدْلٍ منكم هديا بالغ الكعبة ، أو كفارةٌ طعام مساكين ، أو عدل ذلك صياماً ليذوق وبال أمره ﴾ [المائدة: ٩٥] ويقول: ﴿ يا أيها

---

(١) اختلف الفقهاء فى تطبيق النص المقرر للعقوبة ، فمالك وأبو حنيفة يريان تطبيقه إذا أفسد الصيام بأكل أو شرب ، والشافعى وأحمد يريان مع أهل الظاهر قصر النص على حالة الجماع فقط . وأساس الخلاف بين الفريقين أن الفريق الأول يرى العقوبة على إفساد الصيام ، وهو يفسد بالجماع والأكل والشرب ، والفريق الثانى يرى أن العقوبة جاءت على الجماع فقط، فلا تنطبق على غير ما جاءت فيه ، وهناك خلافات أخرى أهمها : أن البعض يرى تطبيق النص على المرأة كما ينطبق على الرجل ، والبعض لا يرى تطبيقه إلا على الرجل . كذلك يرى البعض أن النص ينطبق على حالة العمد فقط ، والبعض يسوى بين المتعمد والناسى. ويرى البعض فى حالة تعدد الإفطار تطبيق قاعدة التداخل ؛ ولا يرى البعض تطبيقها ؛ ولكل فريق حججه ؛ ولا نرى ما يدعو هنا لسردها فكلها خلافات فى تفسير النصوص وتطبيقها — راجع بداية المجتهد الجزء الأول ص ٢١٠ وما بعدها والهداية الجزء الأول ص ٩٦ — والإقناع الجزء الأول ص ٣١٢ وما بعدها — المهذب ج ١ ص ١٨٣ وما بعدها .

الذين آمنوا لا تُحِلُّوا شعائِرَ اللهِ ، ولا الشَّهْرَ الحرام ، ولا الهَدْى ، ولا القَلَائِدَ﴾ [المائدة : ٢] .

ومن السنة الثابتة مايرويه كعب بن عجرة : أنه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم محرماً فآذاه القمل فى رأسه ، فأمره رسول الله أن يحلق رأسه، وقال له : « صم ثلاثة أيام، أو أطعم ستة مساكين ، مدين لكل إنسان ، أو انسك بشاة».

ومن المتفق عليه أن المنع من حلق الرأس لم يقصد لذاته ، وإنما قصد منه منع الزينة والترفيه ، ولذا يأخذ حكمه استعمال الطيب ، ولبس المخيط ، وروى ابن عمر: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى المحرم : « لايلبس القميص ولا السراويل ولا البرنس ولا العمامة ولا الخف ، إلا أن لايجد نعلين فيقطعهما من أسفل الكعبين ، ولا يلبس من الثياب مامسه ورس أو زعفران » .

ويفسر الرفث بالجماع ، والفسوق بأنه الخروج عما يجب على المحرم إلى الأشياء التى كانت مباحة قبل أن يحرم، كالصيد والطيب والزينة بلبس المخيط[1] .

هذه هى النصوص التى تحرم مايفسد الإحرام ، وتلك هى العقوبات التى فرضتها على من يفسد إحرامه، وهى نصوص صريحة كانت وما تزال عماد الفقهاء فى بيان مايفسد الإحرام ، وما يجب عليه من عقوبة .

الحنث فى اليمين : يقول الله تعالى : ﴿ ولا تجعلوا الله عُرْضَةً لِأَيْمَانِكم ﴾ [البقرة: ٢٢٤] ويقول : ﴿ لايؤاخذكم الله باللَّغْو فى أَيْمَانِكُمْ ، ولكن يؤاخذكم بما عقَّدْتُم الْأَيْمَانَ ، فكفارته إطعامُ عشرةَ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ ، أَو كِسْوتُهُمْ ، أو تحريرُ رقبة ، فمن لم يَجد فصيامُ ثلاثةِ أيام﴾ [المائدة: ٨٩] وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعبد الرحمن بن سمرة «ياعبد الرحمن بن سمرة

(١) تفسير المنار ج٢ ص٢١٧ ومابعدها ــ بداية المجتهد ج ١ ص ٢٨٦ ومابعدها ــ المهذب ج١ ص ٢٠٤ ومابعدها ــ الهداية ج ١ ص ١٢٥ ومابعدها ــ الإقناع ج ١ ٣٥٥ ومابعدها.

لاتسأل الإمارة، فإنك إن أعطيتها عن مسألة وكلت إليها، وإن أعطيتها من غير مسألة أعنت عليها ، وإن حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فأت الذى هو خير ، وكفر عن يمينك » ولا شك أن هذه النصوص صريحة فى تحريم الحنث باليمين ، وتبيان عقوبة الفعل المحرم [١].

الوطء فى الحيض : يقول الله تعالى : ﴿ ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء فى المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن ﴾ [البقرة : ٢٢٢] وروى عن ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الذى يأتى امرأته وهى حائض، أنه يتصدق بدينار ، وروى عنه بنصف دينار، وروى أيضاً فى حديث ابن عباس هذا أنه إن وطىء فى الدم فعليه دينار ، وإن وطىء فى انقطاع الدم فنصف دينار . وروى هذا الحديث على أنه يتصدق بخمسى دينار .

ونص القرآن صريح فى تحريم إتيان المرأة فى الحيض ، أما الحديث المروى عن ابن عباس فقد صح عند أحمد فأوجب الكفارة ديناراً على من وطىء الحائض [٢] . أما الأئمة الثلاثة فلم يصح عندهم شىء من هذه الأحاديث ؛ ولذلك لم يوجبوا الكفارة فى وطء الحائض عملا بالأصل الذى هو سقوط الحكم حتى يثبت بدليل [٣].

ويترتب على القول بعدم وجوب الكفارة أن الفعل يكون عند القائلين بهذا من المعاصى التى لاحد فيها ولا كفارة ، أى من المعاصى التى يمكن التعزير فيها .

الوطء فى الظهار : يقول الله تعالى : ﴿ والذين يُظاهِرُون من نسائهم ثم

---

(١) بداية المجتهد جـ ١ ص ٣٢٩ وما بعدها ــ المهذب جـ٢ ص ١٥٠ وما بعدها ــ الهداية جـ ٢ ص ٦٣ وما بعدها ــ الإقناع جـ ٤ ص ٣٣٧ وما بعدها .

(٢) الاقناع جـ ١ ص ٦٤ .

(٣) بداية المجتهد جـ ١ ص ٤٦ ــ الهداية جـ ١ ص ١٨ وما بعدها ــ المهذب جـ ١ ص ٣٦ وما بعدها .

يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسَّا ، ذلكم توعظون به ، والله بما تعملون خبير . فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسَّا ، فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً ﴾ [المجادلة : ٣، ٤] والنص قاطع فى تعيين المعصية وتحديد العقوبة (١)

١٠١ — المعاصى التى لاحد فيها ولا كفارة : بينا فيما سبق أن المعاصى التى لاحد فيها ولا كفارة تنقسم إلى ثلاثة أنواع : نوع شرع فى جنسه الحد ولكن لاحد فيه ، ونوع شرع فى جنسه الحد ولكن امتنع الحد فيه ، ونوع لم يشرع فيه ولا فى جنسه الحد . فأما النوع الأول والثانى فقد سبق أن بينا النصوص التى وردت بالتحريم فيهما ، وذلك عندما تكلمنا على النصوص التى جاءت فى جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية . وأما النوع الثالث فيدخل تحته أكثر المعاصى ، ولو كان مايدخل تحته محدوداً لاستعرضنا النصوص التى وردت فيه كلها كما فعلنا فى غيره من الأنواع ، ولكن الواقع أن المعاصى التى تدخل تحت هذا النوع غير محدودة ، ومن ثم فلن نستعرضها جميعاً ، وسنكتفى بعرض النصوص التى تحرم أهم المعاصى؛ تدليلا على أن الشريعة الإسلامية تطبق قاعدة أن لاجريمة ولا عقوبة بلا نص فى هذا النوع من المعاصى .

١ — تحريم بعض المطاعم : يقول الله تعالى : ﴿ إنما حَرَّم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله ، فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه ﴾

---

(١) اختلف الفقهاء فى تفسير معنى « يعودون لما قالوا » ففسرها مالك والشافعى وأحمد بأنه يعود لما حرمه على نفسه بأنه ينوى وطأها أو إمساكها أو هما معا ، وفسرها مجاهد وطاووس وأبو حنيفة بأن العود المقصود هو العود فى الإسلام إلى ما تقدم من ظهارهم فى الجاهلية . وفسرها داود الظاهرى بأن العود هو أن يكرر الظهار ثانية ، فمن لم يظاهر مرتين فليس بعائد ولا كفارة عليه . فالمعصية بحسب تفسير مالك والشافعى وأحمد جريمة بسيطة ، وبحسب تفسير الباقين وعلى الأخص داود من جرائم العادة ، ولا تتكون إلا بحصول الظهار الثانى ، أما الأول وحده فلا يكون المعصية ، ومن ثم لم تترتب الكفارة إلا على الثانى — راجع بداية المجتهد ج٢ ص٨٧ ومابعدها — الهداية ج٣ ص ١٤ وما بعدها — المهذب ج٢ ص ١٢٠ وما بعدها — الاقناع ج ٤ ص ٨٢ وما بعدها .

[البقرة : ١٧٣] ويقول : ﴿حرمت عليكم الميتة ، والدم ، ولحم الخنزير ، وماأهل لغير الله به ، والمنخنقة ، والموقوذة ، والمتردية ، والنطيحة ، وما أكل السبع إلا ما ذكيتم ، وما ذبح على النصب ، وأن تستقسموا بالأزلام ، ذلكم فسق ﴾ [المائدة : ٣] ويقول : ﴿ أحلت لكم بهيمة الأنعام إلا مايتلى عليكم ﴾ [المائدة :١] ويقول: ﴿ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث﴾ [الأعراف : ١٥٧] ويقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «الكلب خبيث : خبيث ثمنه » . ويروى جابر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيقول: ذبحنا يوم حنين الخيل والبغال والحمير ، فنهانا رسول الله عن البغال والحمير ، ولم ينهنا عن الخيل . وروى ابن عباس أن النبي نهى عن أكل كل ذى ناب من السباع ، وأكل كل ذى مخلب من الطير . وروت عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «خمس يقتلن فى الحل والحرم : الحية والفأرة والغراب الأبقع ، والحدأة والكلب العقور » .

٢ — خيانة الأمانة : يقول الله تعالى : ﴿ إنا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال ، فأبين أن يحملنها وأشفقن منها ، وحملها الإنسان إنه كان ظلوماً جهولا ﴾ [الأحزاب : ٧٢] ويقول : ﴿ إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها ، وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ﴾ [النساء : ٥٨] ويقول : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم ﴾ [الأنفال : ٢٧] ويقول : ﴿ وآتوا اليتامى أموالهم ولاتتبدلوا الخبيث بالطيب ، ولاتأكلوا أموالهم إلى أموالكم إنه كان حوباً كبيرا ﴾ [النساء : ٢] . ويقول : ﴿ فادفعوا إليهم أموالهم ولا تأكلوها إسرافا وبداراً أن يكبروا ﴾ [النساء : ٦] ويقول : ﴿ ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن ﴾ . [الإسراء : ٣٤] ويقول : ﴿ إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون فى بطونهم ناراً وسيصلون سعيراً ﴾ [النساء : ١٠] ويقول ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ [النساء : ٢٩] وقال الرسول

عليه الصلاة والسلام : « أربع من كن فيه كان منافقا خالصا ، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها ، إذا اؤتمن خان، وإذا حدث كذب ، وإذا عاهد غدر ، وإذا خاصم فجر » وقال : « لا إيمان لمن لا أمانة له »

٣ — غش المكاييل والموازين وغيرها : يقول الله تعالى : ﴿ ويل للمطففين الذين إذا اكتالوا على الناس يستوفون ، وإذا كالوهم أو وزنوهم يخسرون ﴾ . [المطففين : ١ ـ ٣] ويقول : ﴿ أوفوا الكيل ولا تكونوا من المخسرين ، وزنوا بالقسطاس المستقيم ، ولاتبخسوا الناس أشياءهم ، ولا تعثوا فى الأرض مفسدين ﴾ [الشعراء : ١٨١ ـ ١٨٣] .

٤ — شهادة الزور : يقول الله تعالى : ﴿ ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا ﴾ [البقرة : ٢٨٢] ويقول : ﴿ ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه ﴾ [البقرة : ٢٨٣] ويقول ﴿ يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين ﴾ [النساء : ١٣٥] ويقول : ﴿ والذين لايشهدون الزور﴾ [الفرقان : ٧٢] وقال: ﴿فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور ﴾ [الحج : ٣٠] ويروى أبو بكرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: « ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ؟ » وكررها ثلاثا . قلنا : بلى يا رسول الله قال: « الإشراك بالله وعقوق الوالدين » ـ وكان متكئاً فجلس فقال: « ألا وقول الزور ، وشهادة الزور » فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت .

٥ — أكل الربا : يقول الله تعالى : ﴿ الذين يأكلون الربا لايقومون إلا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس ، ذلك بأنهم قالوا : إنما البيع مثل الربا ، وأحل الله البيع وحرم الربا » [البقرة : ٢٧٥] ويقول: ﴿ يمحق الله الربا ويربى الصدقات ﴾ [البقرة : ٢٧٦] ويقول: ﴿ يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا مابقى من الربا إن كنتم مؤمنين ، فإن لم تفعلوا ، فأذنوا بحرب من الله ورسوله ، وإن تبتم فلكم رءوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون ﴾ [البقرة : ٢٧٨ ،

٢٧٩] ويقول: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة﴾ [آل عمران: ١٣٠] ويقول: ﴿وما آتيتم من ربا ليربوا فى أموال الناس فلا يربو عند الله﴾ [الروم: ٣٩] وقال الرسول صلى الله عليه وسلم: «اجتنبوا السبع الموبقات» قالوا يا رسول الله وماهن ؟ قال : «الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التى حرم الله إلا بالحق ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولى يوم الزحف ، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات» .

٦ ـ السب : يقول الله تعالى : ﴿لا يحب الله الجهر بالسوء من القول إلا من ظلم﴾ [النساء : ١٤٨] ويقول : ﴿ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم﴾ [الأنعام: ١٠٨] ويقول : ﴿ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين﴾ [البقرة : ١٩٠] ويقول ﴿يا أيها الذين آمنوا لا يسخر قوم من قوم عسى أن يكونوا خيرا منهم ، ولا نساء من نساء عسى أن يكن خيرا منهن ، ولا تلمزوا أنفسكم ، ولا تنابزوا بالألقاب ، بئس الاسم الفسوق بعد الإيمان﴾ [الحجرات: ١١] وقال الرسول عليه الصلاة والسلام : «المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يخذله ولا يحقره» وقال : «بحسب امرىء من الشر أن يحقر أخاه المسلم ، كل المسلم على المسلم حرام : دمه وعرضه وماله» وقال: «إن من أربى الربا الاستطالة فى عرض المسلم بغير حق» وقال «سباب المسلم فسوق ، وقتاله كفر» .

٧ ـ الرشوة : يقول الله تعالى : ﴿سماعون للكذب أكالون للسحت﴾ [المائدة : ٤٢] ويقول : ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام ؛ لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون﴾ [البقرة : ١٨٨] وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «لعن الله الراشى والمرتشى والرائش الذى يمشى بينهما» وقال : «لعن الله الراشى والمرتشى فى الحكم» وقال : «هدايا الأمراء غلول ، وهدايا الأمراء سحت» ويروى أبو حميد الساعدى أن رسول الله بعث ابن اللتبية على الصدقة فلما جاء قال هذا لكم وهذا أهدى لى ،

فقال الرسول صلى الله عليه وسلم: « ما بال أقوام نستعملهم على ماولانا الله فيقول هذا لكم وهذا أهدى لى ، فهلا جلس فى بيت أبيه فنظر أيهدى له أم لا ؟ » .

٨ ـ ألعاب القمار والميسر : يقول الله تعالى ﴿ إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه ﴾ [المائدة : ٩٠] .

٩ ـ دخول المساكن بغير حق : يقول الله تعالى ﴿ ياأيها الذين آمنوا لاتدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها ، ذلكم خيرلكم لعلكم تذكرون . فإن لم تجدوا فيها أحداً فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم ﴾ [النور : ٢٧] ويقول: ﴿ ليس عليكم جناح أن تدخلوا بيوتا غير مسكونة فيها متاع لكم ﴾ [النور : ٢٩] .

١٠ ـ التجسس : يقول الله تعالى : ﴿ ولا تجسسوا ﴾ [الحجرات : ١٢]

هذه هى عشر جرائم من أهم جرائم التعزير ، استعرضناها والنصوص التى وردت فيها ، وظاهر بجلاء أن النصوص عينت الجرائم التى حرمتها بما لا سبيل إلى الشك فيه ، ويستطيع من له إلمام بالشريعة أن يجد لكل ماحرمته الشريعة نصا يعين الجريمة ويحددها ، وفى هذا وفيما استعرضناه من نصوص وردت فى المعاصى التى يعاقب عليها بحد أو كفارة ، وفى هذا كله الدليل القاطع على أن الشريعة تطبق قاعدة أن لاجريمة ولاعقوبة بلانص على كل الأفعال التى حرمتها .

١٠٢ ـ ظنون لا أساس لها من الحق : ولقد ظن البعض خطأ أن الشريعة الإسلامية لم تعين جرائم التعزير ، وأنها تركت للقاضى تلك المهمة، ورتبوا على هذا الظن الخاطىء أن سلطة القاضى فى التعزير سلطة تحكمية ، وأن جرائم التعازير وعقوباتها غير منصوص عليها . وأنهامتروكة لتقدير القاضى ، فإن رأى أن يعاقب على الفعل عاقب ولوأنه لم يحرَّم من قبل أو لم يسبق العقاب عليه ، ومنطق هؤلاء باطل ، لأنه يقوم على ظنون لا أساس لها من الحق أو الواقع .

ولقد ظن هؤلاء ظنهم الخاطىء ؛ نتيجة لسوء الفهم وقلة الاطلاع ،

فكتب الشريعة مركزة العبارة ، تصاغ عبارتها عادة فى دقة بالغة حتى لتبلغ فى تركيزها أكثر مما تبلغه نصوص القوانين الوضعية من التركيز والدقة ، وللفقهاء فوق ذلك كله تعبيرات واصطلاحات خاصة ينبغى أن يلم بهما المرء قبل دراسة الشريعة ، كما ينبغى أن يلم دارس القانون قبل دراسته بالاصطلاحات القانونية فمن جهل الاصطلاحات الشرعية ولم يدقق فى الاطلاع على نصوص الشريعة ، فلا شك أنه لن يصل إلى فهم كتب الشريعة فهماً صحيحاً ، وهذا هوالذى حدث فعلاً للقائلين : بأن الشريعة لم تحدد جرائم التعزير وعقوباتها ، فإنهم لم يفهموا ما كتبه الفقهاء فى هذه المسألة على وجهه الصحيح ، ولو فهموه على وجهه لعلموا أن الشريعة حددت الأفعال المعتبرة معاصى وعينتها ، وأن الشريعة توجب على القاضى قبل كل شىء أن يبحث عما إذا كان الفعل المنسوب للجانى معصية بحسب نصوص الشريعة أم لا ، فإن وجده معصية بحيث إن كانت التهمة ثابتة قبل الجانى أم لا ، فإن كانت ثابتة عاقبه بإحدى العقوبات التى وضعتها الشريعة للتعزير ، بشرط أن تكون عقوبة ملائمة فى نوعها وكمها للجريمة وللمجرم ، أما إذا وجد القاضى أن الفعل ليس معصية فلا جريمة ولا عقوبة . وليس للقاضى ولا لأحد كائناً من كان أن يعتبر فعلا ما ، معصية ما لم تعتبره الشريعة كذلك ، وليس للقاضى ولا لأحد كائناً من كان أن يعاقب على معصية بعقوبة لم تقررها الشريعة وإلا كان محرما ما أحله الله ، مبيحا ما حرمه وقائلا على الله بغير علم .

١٠٣ — نماذج مما كتبه الفقهاء فى التعزير : ونستطيع أن نتبين صحة ما قلناه من عرض بعض ما كتبه الفقهاء عن التعزير . فهذا فقيه حنفى يقول : « التعزير يكون فى كل معصية الخ ، وليس فيه شىء مقدر، وإنما هو مفوض إلى رأى الإمام على ما تقتضى جنايات الناس وأحوالهم »[1] . وهذا فقيه شافعى يقول: « من أتى معصية لا حد فيها ولا كفارة عزر على حسب ما يراه السلطان »[2] . وهذا فقيه

(١) الزيلعى ج ٣ ص ٢٠٨ .

(٢) المهذب ج ٢ ص [illegible] .

مالكى يقول بعد أن يعدد جرائم القصاص والديات وجرائم الحدود: «وما عداها فيوجب التعزير، وهو موكول لاجتهاد الإمام. وعزر الإمام لمعصية الله أو لحق آدمى»[١]. وهذا فقيه حنبلى يقول: «التعزير هو التأديب وهو واجب فى كل معصية لا حد فيها ولا كفارة — وأقله غير مقدر فيرجع فيه إلى اجتهاد الإمام والحاكم فيما يراه وما يقتضيه حال الشخص»[٢].

فهذه الكلمات القليلة عن التعزير لا يمكن فهمها على حقيقتها إلا إذا فهم معنى المعصية، ومعنى الحد، ومعنى الكفارة، ومعنى العقوبة المقدرة، والعقوبة غير المقدرة.

ولقد بينا معنى المعصية والكفارة فيما سبق فلنبين الآن معنى الحد. والحد: هو العقوبة المقدرة شرعاً، ومعنى أنها مقدرة شرعاً أن الشارع عين نوعها، وبين مقدارها بنفسه، ولم يترك للقاضى حق تعيينها أو تقديرها، ولم يجعل له أن ينقص منها أو تزيد فيها، أو يستبدل بها غيرها، أو يوقف تنفيذها، فهى عقوبة لازمة، وهى عقوبة تصبح بتعيينها وتقديرها ذات حد واحد ولو كانت طبيعتها تسمح بأن تكون ذات حدين، فعقوبة الزانى غير المحصن عقوبة مقدرة وهى الجلد مائة جلدة لا تنقص واحدة ولا تزيد واحدة، وقد أصبحت بهذا التعيين والتحديد عقوبة ذات حد واحد، ولو أن طبيعتها تسمح بأن تكون ذات حدين، وعقوبة القذف ثمانون جلدة لا تزيد واحدة ولا تنقص واحدة فهى عقوبة مقدرة. وعقوبة القصاص مقدرة بطبيعتها؛ لأنها لا تزيد ولا تنقص شيئاً عما فعله الجانى. وعقوبة الدية مقدرة؛ لأنها ذات حد واحد بتعيينها وتحديد مقدارها، بحيث لا يستطيع القاضى أن يزيد فيها أو ينقص منها.

أما العقوبة غير المقدرة فهى كل عقوبة ترك القاضى اختيار نوعها من بين عقوبات متعددة، وترك له أن يقدر كمها — إذا لم تكن بطبيعتها ذات حد

---

(١) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٣١٩.

(٢) الاقناع جـ ٤ ص ٢٦٨.

واحد ـ بحيث لا يرتفع عن حدها الأعلى ولا ينزل عن حدها الأدنى .

فإذا فهمنا معنى هذه الاصطلاحات سهل علينا أن نفهم ما يقوله الفقهاء عن التعزير ، فإذا قالوا : إن التعزير يكون فى كل معصية ، فمعنى ذلك أن التعزير يكون فى كل فعل نصت الشريعة على تحريمه ، وإذا قالوا : إن التعزير ليس فيه شىء مقدر ، فمعنى ذلك أن جرائم التعازير لم توضع لكل منها عقوبة معينة مقدرة ، لا محيص من توقيعها على الجانى كما هو الحال فى جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية ، وإنما وضعت لها عدة عقوبات ليس القاضى ملزم بتطبيق إحداها دون الأخرى ، وإنما له أن يختار منها واحدة أو أكثر ، فإذا اختار إحداها وكانت ذات حدين بطبيعتها فله أن ينزل بالعقوبة إلى الحد الأدنى ، أو يرتفع بها إلى الحد الأعلى ، وعلى هذا إذا كانت عقوبة الجريمة التعزيرية معينة بالنص على عقوبات التعزير ، فإن عقوبة الجريمة التعزيرية ليست مقدرة لعدم النص على حد معين لازم من العقاب . وإذا قال الفقهاء : إن التعزير مفوض لرأى الإمام أو الحاكم أو اجتهادهما ، فمعنى ذلك أن القاضى وهو القائم مقام الإمام أو السلطان أو الحاكم ترك له حق اختيار عقوبة التعزير وتقديرها طبقاً لما يراه من ظروف الجريمة وظروف المجرم ، وطبقاً لما يؤديه إليه اجتهاده ورأيه الشخصى فى تقدير هذه الظروف .

١٠٤ ـ **كيف فرضت الشريعة عقوبات التعزير** ؟ بينا فيما سبق أن الشريعة نصت على جرائم التعازير وعينتها ، وقدمنا الدليل على ذلك من نصوص الشريعة ، ومن قواعدها العامة ، ومن النصوص التى حرمت الجرائم وعينتها ، وقلنا إن الشريعة كما نصت على جرائم التعزير نصت أيضاً على عقوبات التعزير ، والآن نقدم الدليل على هذا القول :

أولا ـ عقوبة الوعظ ، وعقوبة التهديد ، وعقوبة الجلد أو الضرب : هذه العقوبات نص عليها القرآن والسنة فيقول الله تعالى: ﴿ والّلاتى تخافون نشوزهن

فعظوهن واهجرون فى المضاجع واضربوهن ، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ﴾ [النساء : ٣٤] فهذا النص القرآنى يفرض ثلاث عقوبات تعزيرية على المرأة التى لا تطيع زوجها ، وهى الوعظ ، والهجر ، والضرب ، ولما كان النشوز وعدم الطاعة معصية لا حد فيها ولا كفارة ، فمعنى ذلك أن هذه العقوبات فرضت لكل معصية لا حد فيها ولا كفارة .

وإذا كان الهجر فى المضاجع عقوبة خاصة بالمرأة لا يملكه إلا الزوج ، فإن الهجر فى المضاجع ليس إلا نوعا من الهجر ، وقد أمر الرسول بهجر الثلاثة الذين خلفوا ، وأمر عمر بهجر صبيغ ، فالهجر عقوبة عامة معناها المقاطعة وحدها توبة المهجور[1].

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « رحم الله امرأ علق سوطه بحيث يراه أهله » وقال : « لا ترفع عصاك عن أهلك » وقال : « علموا اولادكم الصلاة لسبع واضربوهم على تركها لعشر » وقال : « من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين » فهذه النصوص تفرض عقوبتين : أولاهما : التهديد بالعقاب والتخويف منه ، وهذا ما يستفاد من تعليق السوط بحيث يرى وعدم رفع العصا . والثانية : هى الضرب بالعصا أو الجلد بالسوط ، والنص الأخير صريح فى جواز الجلد فى غير الحدود ، كما أنه يعين الحد الأعلى لعقوبة الجلد على رأى .

فالقرآن والسنة إذن يفرضان عقوبات الوعظ والهجر والتهديد والجلد . وعقوبة الجلد والضرب ذات حدين بطبيعتها ، ويرى البعض أن الحديث السابق عين الحد الأعلى للعقوبة ، بينما يرى البعض أن الحد الأعلى يعينه ولى الأمر[2] . أما عقوبة الوعظ والتهديد فكلاهما عقوبة ذات حد واحد بطبيعتها . أما عقوبة الهجر فهو توبة المهجور كما قلنا من قبل .

---

(١) تراجع الفقرات ٤٨١ ، ٤٨٧ ، ٤٨٨ .

(٢) راجع الفقرة ٤٨١ .

ثانياً عقوبة التوبيخ : يروى عن أبى ذر أنه قال : سابيت رجلا فعيرته بأمه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « يا أبا ذر أعيرته بأمه ؟ إنك امرؤ فيك جاهلية » . فهذا هو الرسول يعاقب أبا ذر بتوبيخه ، ومن ثم يكون التوبيخ عقوبة تعزيرية ، وسنة سنها الرسول ، والسنة هى المصدر الثانى للشريعة سواء كانت عملية أو قولية .

ثالثاً : الحبس والصلب : ومصدر هاتين العقوبتين هو السنة العملية أيضاً ، فمما يروى عن الرسول أنه حبس شخصاً فى تهمة ، وأنه صلب رجلا حياً على جبل يقال له أبو ناب[١] .

رابعاً : القتل : مصدر هذه العقوبة السنة القولية ، فيروى عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من أتاكم وأمركم على رجل واحد يريد أن يشق عصاكم ، ويفرق جماعتكم فاقتلوه » وفى رواية : « ستكون هنات وهنات ، فمن أراد أن يفرق هذه الأمة وهى جمع فاضربوه بالسيف كائناً من كان »[٢] . والمفروض أن عقوبة القتل مقررة للجرائم الخطيرة .

خامساً : الغرامة والتشهير والنفى : ومصدر هذه العقوبات الإجماع . والإجماع مصدر من مصادر الشريعة كالقرآن والسنة[٣] .

وظاهر مما سبق أن العقوبات التعزيرية مصدرها القرآن والسنة والإجماع ، ومن ثم فهى عقوبات شرعية مقررة بطريقة شرعية لا شك فيها[٤] .

وفى الوقت الذى حددت فيه النصوص وفعل الرسول وإجماع الأمة أنواع العقوبات التعزيرية انعقد الإجماع على أن يترك للقاضى اختيار العقوبة الملائمة

---

(١) راجع الفقرتين ٤٨٢ ، ٤٨٦ .

(٢) راجع الفقرة ٤٨٠ .

(٣) راجع الفقرات ٤٨٥ ، ٤٩١ ، ٤٩٣ .

(٤) تكلمنا هنا عن العقوبات بغاية الاختصار ولكنا فصلنا القول عن العقوبات الشرعية فى كتاب العقوبة .

وتقديرها ، كما ترك له أن يمضى العقوبة أو يوقف تنفيذها .

١٠٥ - لا جريمة و لا عقوبة فى التعزير بغير نص : وظاهر مما سبق أن الشريعة الإسلامية نصت على جرائم التعزير وعقوباتها ، وعينت الجرائم وحددت العقوبات تحديداً دقيقاً . بحيث لا يستطيع القاضى أن يعاقب على فعل لم تحرمه الشريعة ، ولايستطيع أن يعاقب بغير العقوبات المقررة للتعازير ، ولاأن يخرج على حدودها .

وإذا كانت هذه هى شهادة النصوص الصريحة ، وشهادة الواقع الملموس فإن القول بأن للقاضى سلطة تحكمية فى جرائم التعزير هو قول لا أساس له ، ولا نكون مغالين إذن إذا قلنا : إن أساس هذا القول هو قلة الاطلاع أو سوء الفهم ، فالحقيقة التى لايجادل فيها إلا مكابر أن كل من أوتى حظاً من الاطلاع على نصوص الشريعة ، وقدرة على تفهم أساليب الفقهاء واصطلاحاتهم ، يعلم حق العلم أن القاضى ليس له سلطة تحكمية ولاغير تحكمية فى تعيين الجرائم والعقوبات ، وأن نصوص الشريعة تكفلت ببيان الجريمة والعقوبة ، وأن سلطة القاضى منحصرة فى تطبيق النص على الواقعة المعروضة عليه ، فإن انطبق وقع على الجانى العقوبة ، ولكن الشريعة أعطت القاضى سلطة واسعة فى اختيار العقوبة التى يراها ملائمة من بين عقوبات مقررة للجريمة ، وجعلت له أن ينظر فى اختيار العقوبة إلى شخصية المتهم وسوابقه ، ودرجة تأثره بالعقوبة ، كما ينظر إلى الجريمة وأثرها فى الجماعة ، وجعلت للقاضى أن يعاقب بعقوبة واحدة أو بأكثر منها ، وأن يصعد بالعقوبة إلى حدها الأعلى ، أو ينزل بها إلى حدها الأدنى ، وله أن يعاقب المتهم بوعظه أو توبيخه أو تهديده ، فينذره بأن لا يعود لمثل ما فعل ، وله أن يعاقب بأشد من ذلك ، بحبس أو بغرامة ، وله أن يمضى العقوبة أو يوقف تنفيذها .

هذه هى سلطة القاضى فى الشريعة ، وهى ليست سلطة تحكمية ، وإنما هى

سلطة أعطيها ليتمكن من علاج المجرم والجريمة ، وهى سلطة اختيار وتقدير لاسلطة تحكم واستعلاء ، قصد منها تمكين القاضى من تقدير خطورة الجريمة والمجرم واختيار العلاج المناسب لهما ، وإنها لسلطة قمينة أن تحقق العدل ، وترفع الحرج وتضع الأمور فى مواضعها ، وتعاقب كل بما يستحقه .

وهذه الطريقة التى ابتكرتها الشريعة من ثلاثة عشر قرناً لمعالجة جرائم التعزير هى الطريقة التى اتجهت إليها القوانين الوضعية أخيراً ، فهى تنحو نحو توسيع سلطان القضاء فى اختيار العقوبة الملائمة للمجرم وللجريمة وتقدير هذه العقوبة ، فتجعل للقاضى أن يختار فى الغالب بين عقوبتين ، أو يوقعهما معاً ، وأن يرتفع بالعقوبة إلى حدها الأعلى ، أو ينزل بها إلى الحد الأدنى ، وتجعل للقاضى أيضاً أن يوقف تنفيذ العقوبة أو يمضيها بشروط معينة ، ولكن سلطة القاضى فى القوانين الوضعية لا تزال أضيق بكثير من سلطة القاضى فى الشريعة الإسلامية ، وكثيراً ما يتعرض الأول للحرج حيث يجد نفسه عاجزاً عن توقيع العقوبة التى تتلاءم مع الحالة المعروضة عليه ، ولقد كان هذا سبباً دعا الكثيرين من علماء القانون إلى أن يطالبوا بتوسيع سلطان القاضى ، واقترح بعضهم حلا للمشكلة أن لا ينص القانون على عقوبة كل جريمة بذاتها ، بل تعين الجرائم دون تعيين عقوباتها ، ثم تعين العقوبات التى يستطيع القاضى تطبيقها ، ويترك له أن يختار هو لكل جريمة العقوبة الملائمة بعد تقدير ظروف الجريمة وظروف الجانى وهذه الطريقة التى يقترحها بعض علماء القانون هى نفس الطريقة التى تسير عليها الشريعة فى جرائم التعزير .

القسم الثانى

فى التعزير للمصلحة العامة

١٠٦ – فى التعزير للمصلحة العامة : القاعدة العامة فى الشريعة أن التعزير

لايكون إلا فى معصية ، أى فى فعل محرم لذاته منصوص على تحريمه ، ولـكن الشريعة تجيز استثناء من هذه القاعدة العامة أن يكون التعزير فى غير معصية . أى فيما لم ينص على تحريمه لذاته إذا اقتضت المصلحة العامة التعزير[١] ، والأفعال والحالات التى تدخل تحت هذا الاستثناء لايمكن تعيينها ولا حصرها مقدماً ؛ لأنها ليست محرمة لذاتها ، وإنما تحرم لوصفها ، فإن توفر فيها الوصف فهى محرمة وإن تخلف عنها الوصف فهى مباحة ، والوصف الذى جعل علة للعقاب هو الإضرار بالمصلحة العامة أو النظام العام ، فإذا توفر هذا الوصف فى فعل أو حالة استحق الجانى العقاب ، وإذا تخلف الوصف فلا عقاب ، وعلى هذا يشترط فى التعزير للمصلحة العامة أن ينسب إلى الجانى أحد أمرين :

١ — أنه ارتـكب فعلا يمس المصلحة العامة أو النظام العام .

٢ — أنه أصبح فى حالة تؤذى المصلحة العامة أو النظام العام .

فإذا عرضت على القضاء قضية نسب فيها للمتهم أنه أتى فعلا يمس المصلحة العامة أو النظام العام ، أو أصبح فى حالة تؤذى المصلحة العامة أو النظام العام ، وثبت لدى المحـكمة صحة ما نسب إلى المتهم لم يكن للقاضى أن يبرئه ، وإنما عليه أن يعاقب على ما نسب إليه بالعقوبة التى يراها ملائمة من بين العقوبات المقررة للتعزير ، ولو كان ما نسب إلى الجانى غير محرم فى الأصل ولا عقاب عليه لذاته .

ويستدل الفقهاء على مشروعية التعزير للمصلحة العامة بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا اتهم بسرقة بعير ، ولما ظهر فيما بعد أنه لم يسرقه أخلى الرسول سبيله[٢] ، ووجه الاستدلال أن الحبس عقوبة تعزيرية والعقوبة لاتـكون

---

(١) نهاية المحتاج جـ ٨ ص ١٨ ، ١٩ ـ الإقناع ص ٢٦٩ جـ ٤ ـ ابن عابدين جـ٣ ص ٢٥١ ، ص ٢٥٠٩ ـ تبصرة الحـكام جزء ثان ص ٢٦ .

(٢) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١١٧ .

إلا عن جريمة وبعد ثبوتها ، فإذا كان الرسول قد حبس الرجل لمجرد الاتهام فمعنى ذلك أنه عاقبه على التهمة ، وأنه أباح عقاب كل من يوجد نفسه أو توجده الظروف فى حالة اتهام ولو لم يأت فعلا محرما ، وهذا العقاب الذى فرضه الرسول بعمله تبرره المصلحة العامة ، ويبرره الحرص على النظام العام ؛ لأن ترك المتهم مطلق السراح قبل تحقيق ما نسب إليه يؤدى إلى هربه ، وقد يؤدى إلى صدور حكم غير صحيح عليه ، أو يؤدى إلى عدم تنفيذ العقوبة عليه بعد الحكم ، فأساس العقاب هو حماية المصلحة العامة وصيانة النظام العام .

ويستدل الفقهاء أيضاً على مشروعية التعزير للمصلحة العامة بما فعل عمر رضى الله عنه بنصر بن حجاج ، فقد كان عمر يعس فى المدينة فسمع امرأة تقول : هل من سبيل إلى خمر فأشربها ـ أم من سبيل إلى نصر بن حجاج ؟ فدعا عمر نصر بن حجاج ، فوجده شابا حسن الصورة فحلق رأسه فازداد جمالا ، فنفاه إلى البصرة ، خشية أن يفتتن النساء بجماله ؛ مع أنه لم ينسب إليه أنه ارتكب فعلا محرما . ووجه الاستدلال أن النفى عقوبة تعزيرية وقعها عمر على نصر بن حجاج لأنه رأى أن وجوده فى المدينة ضار بصالح الجماعة مع أن جماله هو الذى أوجده فى هذه الحالة ، ومع أنه لم يقصد الإضرار بالمصلحة العامة أو النظام العام .

ومن أمثلة التعزير للمصلحة العامة تأديب الصبيان على ترك الصلاة والطهارة ، وتأديبهم على ما يأتون من أفعال تعتبرها الشريعة جرائم ، مع أن هذه الأفعال لا تعتبر جرائم فى حق الصبيان غير المميزين؛ لأنهم ليسوا أهلا للتكليف ، فلا يعتبر إقدامهم على هذه الأفعال عصياناً ، ولا تعتبر أفعالهم معاصى[1] ومن ثم فهم لا يعاقبون بالعقوبات المقررة لها ، ولكنهم يعزرون لحماية المصلحة العامة .

---

(١) نهاية المحتاج جـ ٨ ص ١٨ ـ الإقناع ـ جـ ٤ ص ٢٦٩ ، ٢٧٣ ـ بدائع الصنائع الجزء السابع ص ٦٤ ـ يرى البعض اعتبار الفعل معصية بذاته .

ومن أمثلة التعزير للمصلحة العامة منع المجنون من الاتصال بالناس إذا كان في اتصاله بهم ضرر عليهم ، وحبس من شهر بإيذاء الناس ولو لم يقم عليه دليل أنه أتى فعلا معينا .

ونظرية التعزير للمصلحة العامة تسمح باتخاذ أى إجراء؛ لحماية أمن الجماعة وصيانة نظامها من الأشخاص المشبوهين والخطرين ، ومعتادى الإجرام ، ودعاة الانقلابات والفتن ، والنظرية بعد ذلك تقوم على قواعد الشريعة العامة التى تقضى بأن الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام وأن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف .

١٠٧ – سلطة القاضى فى التعزير للمصلحة العامة ليست تحكمية : قلنا إن الحالات التى يعزر فيها على فعل لم ينص على تحريمه بذاته من قبل لا يمكن حصرها ، وإن القاضى ليس له أن يحكم بالعقوبة فى الحالة التى تعرض عليه إلا إذا كان فيها ما يمس النظام العام أو صالح الجماعة ، فإن لم تكن كذلك قضى بالبراءة ، وإذا عاقب فليس له أن يعاقب إلا بإحدى عقوبات التعزير ، فسلطة القاضى إذن ليست مطلقة ولا تحكمية ، وإنما هى مقيدة بقيود بينتها الشريعة وأوجبت توفرها . وسلطة القاضى هنا لا تزيد شيئا عن سلطته فى جرائم التعزير المنصوص على تحريمها ، وكل ما يمكن قوله عن هذه السلطة أنها سلطة واسعة أعطيت للقاضى ليحسن اختيار العقوبة وتقدير ظروف الجريمة والمجرم ، ولم تعط إليه ليخلق الجرائم وينشىء العقوبات ، ومهما وسعت الشريعة من سلطة القاضى فإنها لم تخرج عن قاعدتها العامة التى تقضى بأن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص ، بل ظلت الشريعة متمسكة بهذه القاعدة ، وإن طبقتها على وجه خاص فى حالة التعزير للمصلحة العامة .

ويخطىء خطأ جسيما من يظن أن القاضى له أن يعتبر الفعل جريمة إذا كان ماساً بالنظام العام أو صالح الجماعة ؛ لأن الشريعة تشترط للعقاب أن تكون الحالة

أو الفعل ماساً بالصالح العام أو النظام العام ، وهذا فى ذاته تحديد للجريمة ، ونص صريح على أن كل إنسان آتى فعلا يمس مصلحة عامة أو نظام الجماعة ، أو وجد فى حالة تؤذى المصلحة والنظام العامين يعاقب بالعقوبات المقررة للمعاصى ، والفعل المحرم إذا لم يعين بذاته فإنه يعين بوصفه .

١٠٨ - لا جريمة ولا عقوبة بلا نص فى هذا النوع من التعزير :
فالشريعة إذن لم تخرج على القاعدة القائلة بأن لاجريمة ولاعقوبة بلا نص . وإنما تساهلت فى تطبيقها على هذا النوع من الجرائم أكثر مما تساهلت فى تطبيقها على جرائم التعزير العاديه . فبدلا من أن تنص على الفعل المكون للجريمة وتحدد له عقوبة مقدرة كما فعلت فى جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية ، وبدلا من أن تنص على الفعل المحرم وتعينه ثم تترك القاضى أن يعاقب عليه بالعقوبة التى يراها ملائمة من بين العقوبات المقررة للتعزير ، جاءت بدلا من هذا كله تقرر : أن كل فعل أو حالة تمس نظام الجماعة أو مصلحتها يعاقب عليها بالعقوبة التى يراها القاضى ملائمة من العقوبات المقررة للتعزير .

ونستطيع أن نتبين فيما يلى الطرائق المختلفة التى اتبعتها الشريعة فى تطبيق قاعدة أن لا عقوبة ولا جريمة بلا نص ومدى الفرق بين هذه الطرائق :

أولا - من حيث النص على الجريمة : حددت الشريعة عين الفعل المكون للجريمة ، وعينته تعيينا لاشك فيه فى جرائم الحدود ، وفى جرائم القصاص والدية وفى جرائم التعازير العادية ، فهو جريمة فى أى وقت ، وفى أى ظرف ، أما فى التعزير للصالح العام فالفعل المحرم لم يحدد بعينه ، وإنما حدد بوصفه ، ولما كان من الممكن أن يتخلف الوصف عن الفعل ، فيترتب على هذا أن يكون فعل ما ، فى بعض الظروف ماسا بصالح الجماعة أو نظامها ، وفى ظروف أخرى غير ماس بهما .

ثانياً - من حيث النص على العقوبة : نصت الشريعة على العقوبات المقررة للجرائم فى كل الأحوال ، ولكنها عينت عقوبة كل جريمة على حدة ، وجعلتها

لازمة فى جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، أما فى جرائم التعازير جميعاً سواء كانت عادية أومقررة لحماية المصلحة العامة والنظام العام فقد عينت الشريعة مجموعة من العقوبات لهذه الجرائم ، وتركت للقاضى أن يختار من بينها العقوبة الملائمة .

هذا هو أثر قاعدة أن لا جريمة ولاعقوبة بلا نص فى جرائم التعازير المقررة لحماية المصلحة العامة . فالقاعدة مطبقة ولكن فى حدود واسعة ، ومن ثم فلا يمكن القول بأن الجانى يعاقب على فعل لم يحرم ، أو لم يعلم بسبق تحريمه ؛ لأن الشريعة تعاقب على كل فعل يصدر من صاحبه ماساً بالنظام العام أو المصلحة العامة ، وعلى كل حال يوجد فيها الجانى إذا مست بنظام الجماعة وصالحها ، فعلى كل إنسان إذن أن يبتعد عن كل ما يمس بالصالح العام ، وعليه أن يراعى الظروف ويحسب حسابها ويقدرها فى كل وقت وآن .

١٠٩ - العلة فى إجازة التعزير للمصلحة العامة : والضرورات الاجتماعية هى المسوغ الوحيد لإقرار الشريعة هذا النوع من جرائم التعزير ، فحماية نظام الجماعة وصوالحها العامة تقتضى نصوصا مرنة تلائم كل وقت وآن ، وكل ظرف وحالة ، وليس أكثر مرونة وأكثر ملاءمة لحاجات الجماعة من هذا الذى جاءت به الشريعة ، فإنه قمين أن يقمع كل من تحدثه نفسه بإلحاق الضرر بالجماعة أو بنظامها ؛ لأنه إذا استطاع أن يفلت من أحكام النصوص والجامدة فلن يستطيع بحال أن يفلت من هذه النصوص المرنة ، وسنرى بعد قليل أن أحدث القوانين الوضعية أخذت بنظرية الشريعة الإسلامية توصلا لحماية النظام والصالح العام .

القسم الثالث

فى التعزير على المخالفات

١١٠ — التعزير على المخالفات : الأصل فى التعزير أنه على فعل المحرمات وترك الواجبات ، وهذا متفق عليه ، ولكن الفقهاء اختلفوا على جواز التعزير فى إتيان المكروه وترك المندوب ، ففريق يرى أن لا عقاب على فعل مكروه أو ترك مندوب[١] ، وفريق يرى العقاب على فعل المكروه وترك المندوب[٢] ، وأساس اختلافهم فى هذا الحكم هو اختلافهم فى تعريف المكروه والمندوب ، فمن رأى أن المكروه نهى بتخيير فى الفعل ، وأن المندوب أمر بتخيير فى الفعل ، أو أن المكروه ليس نهياً ، والمندوب ليس أمراً ، من رأى هذا قال بعدم جواز العقاب ؛ لأن العقاب لا يكون إلا بتكليف . ومن رأى أن المندوب أمر لا تخيير فيه ، وأن المكروه نهى لا تخيير فيه ، قال بجواز العقاب على فعل المنهى عنه ، وترك المندوب إليه ، والقائلين بهذا الرأى مع تجويزهم العقاب لا يسمون الفعل أو الترك معصية ، ولا يسمون الجانى عاصياً ، وإنما يسمون الفعل والترك مخالفة ، والجانى مخالفاً ، ويعللون ذلك بأن العصيان اسم ذم ، وأن الذم أسقط عن فاعل المكروه وتارك المندوب[٣] .

ويحتج بعض القائلين بالعقاب بفعل عمر رضى الله عنه ، حيث مر على شخص

---

(١) الإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم ج ١ ص ٤٣ — الإقناع ج ٤ ص ٢٧٠ ، ٢٧١ . مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٠ . بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٣ — شرح مسلم الثبوت ج ١ ص ١١١ ، ١١٢ .

(٢) المستصفى للغزالى ج ١ ص ٧٥ ، ٧٦ — الإحكام فى أصول الأحكام الآمدى ص ١٧٠ وما بعدها من ج ١ — تحفة المحتاج ج ٨ ص ١٨ — مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٠ — تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٥٩ ، ٢٦٠ الأحكام السلطانية ص ٢١٢ .

(٣) المستصفى للغزالى ج١ص٧٦ — الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ج١ص١٧٣ ، ١٧٤

أضجع شاة يذبحها ، وجعل يحد الشفرة ، فعلاه بالدرة وقال له : هلا حددتها أولا ؟ (١)

والذين يقولون بالعقاب يشترطون أن يتكرر إتيان المكروه وترك المندوب حتى يمكن العقاب ، فالعقاب عندهم ليس على الإتيان أو الترك فى ذاته، وإنما هو على اعتياد إتيان المكروه وترك المندوب ، ويعتبرون أن العادة تتكون من تكرار الفعل مرتين (٢) .

وإذا وقع الإتيان أو الترك ماساً بمصلحة عامة أو بالنظام العام عوقب على الإتيان والترك دون حاجة للتكرار ، سواء أخذنا برأى القائلين بالعقوبة أو بالرأى المضاد ؛ لأن العقاب فى هذه الحالة ليس أساسه اعتبار الفعل مكروهاً أو الترك مندوباً إليه ، وإنما أساسه أن الفعل أو الترك ماس بالمصلحة العامة أو النظام العام .

الفرع الرابع

كيف طبقت القوانين الوضعية القاعدة ؟

١١١ — القوانين الوضعية وقاعدة النص على الجريمة والعقوبة :

لم تعرف القوانين قاعدة « لا جريمة ولا عقوبة بلا نص » إلا فى أواخر القرن الثامن عشر ؛ لأن القاعدة وليدة الثورة الفرنسية ، أما قبل ذلك فكان القضاة يتحكمون فى تحديد الجرائم وتعيين عقوباتها ، فيعتبرون الفعل جريمة ولو لم يكن قد نص على تحريمه ، ويعاقبون عليه بأية عقوبة شاءوا ولو لم يكن منصوصاً

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٠ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٠ ـ الأحكام السلطانية ص ٣١٢ .

عليها ، وقد كانت هذه السلطة التحكمية هى الدافع الأول الذى دفع إلى تقرير القاعدة والعمل بها [(١)]

١١٢ — كيف طبقت القوانين القاعدة ؟ : والقوانين الوضعية لا تطبق القاعدة اليوم على الوجه الذى سبق أن طبقتها به يوم عرفتها ، فقد كان القانون الفرنسى أول قانون طبقها ، وعنه أخذت أكثر القوانين ، وكان القانون الفرنسى يتشدد أول الأمر فى تطبيقها تشدداً عظيما ، فعين الجرائم تعييناً دقيقاً وجعل لكل جريمة عقوبة محددة ليس للقاضى أن يزيد فيها أو ينقص منها ، فكانت مهمة القاضى منحصرة فى أن يحكم بالعقوبة إذا تبين له أن المتهم مدان ، وأن يحكم بالبراءة إذا لم تثبت التهمة دون أن يكون لظروف المتهم أو الجريمة أثر على العقوبة ولم يكن للسلطة التنفيذية حق العفو ولا تخفيض العقوبة فكانت مهمتها قاصرة على تنفيذ الحكم أيا كان .

وقد اضطر المشرع الفرنسى إلى العدول عن هذا النظام لا لأنه غير صالح ، ولكن لعدم صلاحية الأداة التى وكل إليها تطبيقه ، فالتشريع الفرنسى يأخذ بنظام المحلفين وهم أناس ينقادون لعاطفتهم أكثر مما ينقادون لعقولهم ، فكانوا يقررون فى كثير من الحالات أن المتهمين ليسوا مدانين ، لا لأن المتهمين برءاء ولكن تحرجاً من معاقبتهم بعقوبة شديدة لا يملك القاضى أن يتصرف فى تطبيقها أو يخفف من شدتها ، ولا تملك السلطة التنفيذية أن تخفضها أو تتساهل فى تنفيذها ، ومن ثم عدلت نصوص القانون الفرنسى لمعالجة هذه الحالة فجعل المشرع لكل عقوبة حدين : حداً أدنى وحداً أعلا وترك للقاضى أن يقدر العقوبة فيما بين هذين الحدين ، كما أنه جعل لكثير من الجرائم عقوبتين ، وترك للقاضى أن

---

(١) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص١٠١ — القانون الجنائى لعلى بدوى ص ١٠٢ — القانون الجنائى لأحمد صفوت ص ٧٧ .

يحكم بهما معاً أو يختار إحداهما فقط [1] .

وقد انتقلت قاعدة « لا جريمة ولا عقوبة بلا نص » من القانون الفرنسى إلى القوانين الوضعية الأخرى ، ولكنها أخذت تتطور تحت تأثير التجربة والاختبار وحاجات الجماعة ؛ فأعطى القضاة حق إيقاف تنفيذ العقوبة ، وأعطيت السلطة التنفيذية الحق فى العفو عن العقوبة أو تخفيضها ، وحق الإفراج تحت شرط ، واستحدث نظام العقوبة غير المحدودة .

ومع أن القاعدة تطورت هذا التطور الكبير فإن شراح القانون الوضعى يرون أن القاعدة ظلت محترمة ، وأن هذا التوسع لا يخل بشرعية العقوبة ما دام أن هذا التوسع جاء طبقاً لنصوص القانون ، وما دام أن القضاة يستعملون سلطة خولهم الشارع إياها مقدماً .

ولقد جاء التساهل فى تطبيق القاعدة من ناحية العقوبة ، وبقيت القاعدة سليمة محترمة زمناً طويلا فيما يختص بتعيين الجريمة حتى إذا جاء القرن العشرين أخذت القاعدة كلها تصبح محلا للانتقاد وهاجمها الكثيرون من الشراح بحجة أنها لا تصلح لمواجهة الضرورات الاجتماعية ، وأنها تؤدى إلى ضياع مصلحة الجماعة ذلك أن نصوص القوانين الجنائية تقصر دائماً عن تناول كل ما يخل بنظام الجماعة وصوالحها ، وأن المجرمين يتفننون فى الهرب من الوقوع تحت سلطان النصوص ثم يعبثون ما شاءوا بمصالح الأفراد والجماعة ونظامها ، وهم آمنون من العقاب ، فإذا استصدرت قوانين لتحريم الأفعال الجديدة التى أدى ارتكابها للعبث بالمصلحة العامة ، عاد المجرمون يعملون على التهرب من نصوصها القاصرة ، وعادوا إلى جرائمهم آمنين من العقاب .

وقد كان لهذا الانتقاد أثره العملى فبدأت بعض الدول الكبرى تخرج على

---

(١) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ١٠٢ ـ القانون الجنائى لعلى بدوى ص ١٠٢ وما بعدها .

القاعدة من جديد فيما يختص بتعيين الجريمة وتحديد العقوبة معاً ، كالتشريع الألمانى الصادر فى سنة ١٩٣٥ ، حيث خول القاضى إذا عرض عليه فعل يمس المجتمع الألمانى دون أن يكون قد ورد فيه نص جنائى خاص أن يعتبر هذا الفعل جريمة و يوقع على مرتكبه عقوبة ، (المادة الثانية من القانون الجنائى الألمانى) . وكالقانون الإيطالى ، فإنه ترك للقاضى فى بعض الأحوال تعديل تنفيذ العقوبة من حيث مدتها وأسلوبها ، وكالقانون السوفياتى الذى خرج على القاعدة من سنة ١٩٢٦ ، وكالقانون الدانمركى الذى أباح العقاب على أى فعل يمكن قياسه على فعل آخر محرم . ولا نذكر القانون الإنجليزى الذى يأخذ بنظام يشبه نظام التعازير فى الشريعة . ولم يقتصر الأمر على ذلك ، بل بدأ علماء القانون الجنائى يناقشون المبدأ فى مؤتمراتهم العامة بعد أن كان فوق المناقشة ؛ توصلا إلى معرفة مدى المجتمع إليه ، ومدى عجز المبدأ عن حماية صوالح الجماعات ، وقد عرض هذا الموضوع على المؤتمر الدولى الرابع لقانون العقوبات فى سنة ١٩٣٧ ، ولكن المؤتمر قرر الإبقاء على القاعدة .

ويتجه العلماء والشراح الآن إلى الخروج على القاعدة من وجهين : فمن ناحية الجريمة يرون الاكتفاء بتعيين الأفعال المحرمة تعيينا عاما ، بحيث يدخل تحت النص الواحد أكثر من حالة واحدة ، و بحيث لا يستطيع المجرم أن يفلت من هذا النص العام المرن . ومن ناحية العقوبة يرون الاكتفاء بتحديد الحد الأقصى للعقوبة دون الحد الأدنى ؛ ليكون للقاضى سلطة واسعة فى تطبيق العقوبة بل يرى بعض كبار العلماء الجنائيين أن يترك تحديد العقوبة ـ نوعا ومقداراً ـ إلى اختيار القاضى وتقديره حتى تكون العقوبة محققة للغاية من تشريعها (١) .

١١٣ ـ بين الشريعة والقانون : ظاهر مما سبق أن كلا من الشريعة

---

(١) الموسوعة الجنائية ج ٥ ص ٥٠٢ ومابعدها ـ القانون الجنائى لعلى بدوى ص ١٠٣ ـ شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ١٠٢ ـ ١٠٤ .

والقوانين الوضعية توجب أن لا تكون جريمة ولا عقوبة بلا نص ، ولكن الشريعة تختلف عن القوانين فى تطبيق هذه القاعدة من عدة وجوه :

أولا — من حيث تاريخ تطبيق القاعدة : طبقت الشريعة الإسلامية القاعدة قبل أن تعرفها القوانين الوضعية وتطبقها باثنى عشر قرناً على الأقل ، فالقوانين الوضعية لم تأت بشىء جديد ، وإنما أخذت النظرية التى ابتكرتها الشريعة .

ثانياً — من حيث التطبيق بصفة عامة : يختلف تطبيق القاعدة فى الشريعة باختلاف نوع الجرائم التى تطبق عليها ، ففى الجرائم الخطيرة التى يتأثر بها أمن الجماعة ونظامها تأثراً شديداً تتشدد الشريعة فى تطبيق القاعدة تشدداً تاماً ، فتدقق فى تحديد الجريمة وتعيين العقوبة ، وهذا هو المتبع فى جرائم الحدود ، وفى جرائم القصاص والدية . وفى الجرائم الأقل خطورة ، وهى جرائم التعازير بصفة عامة تتساهل الشريعة فى تطبيق القاعدة من ناحية العقوبة ، فتجعل لجرائم التعازير كلها مجموعة من العقوبات ، وتترك للقاضى أن يختار من بينها العقوبة الملائمة . وفى جرائم التعازير المقررة للمصلحة العامة تتساهل الشريعة فى تطبيق القاعده من ناحية الجريمة ، وتكتفى بوضع نصوص عامة جداً يدخل تحتها أى فعل يمس المصلحة العامة والنظام العام . فكأن الشريعة تطبق القاعدة بثلاث طرق : لكل نوع من الجرائم طريقة خاصة تلائمه وتلائم مصلحة الجماعة والأفراد .

أما القوانين الوضعية فتطبق القاعدة بطريقة واحدة على كل الجرائم ، ولعل هذا هو علة النتائج السيئة التى ترتبت على تطبيق القاعدة ، ففى أول الأمر طبقت القوانين الوضعية الطريقة الأولى - التى خصصتها الشريعة للجرائم الخطيرة - على كل الجرائم التى يعاقب عليها القانون ، فكان التعميم فى التطبيق سبباً فى تحرج المحلفين والقضاة من الحكم بعقوبة شديدة فى جريمة غير خطيرة وفى تبرئة كثير من القضايا ، ثم عدلت القوانين الوضعية عن هذه الطريقة ، وأخذت بطريقة الشريعة الثانية مع تضييق سلطة القاضى فى اختيار العقوبة وتحديدها ، ولكنها

طبقت هذه الطريقة أيضاً بصفة عامة ، فكان من نتيجة هذا التعميم أن كثر وقوع الجرائم الخطيرة ، وصارت تزيد عاماً بعد عام ؛ لأن القضاة يعاقبون عليها بعقوبات بسيطة ، مستعملين سلطتهم فى اختيار العقوبة وتقديرها ، وهذه الطريقة هى المتبعة الآن فى معظم القوانين الوضعية إلا أن بعض القوانين الوضعية كالقانون الألمانى والقانون الدانمركى أخذت أيضاً بطريقة الشريعة الثالثة فى بعض الجرائم فكأنها تطبق الطريقتين الشرعيتين الثانية والثالثة .

ولا شك أن نظرية الشريعة الإسلامية فى تطبيق القاعدة أكثر دقة ومرونة وأقرب إلى حاجات الجماعة ، وأكفل بحماية الأمن والنظام ، كما أن فيها العلاج الناجع لما ظهر من عيوب فى تطبيق القاعدة بطريقة واحدة على كل الجرائم .

ثالثاً — من حيث الجريمة : تراعى الشريعة كقاعدة عامة عندما تحدد الجريمة ، أن يكون النص عاماً . ومرناً إلى حد كبير ، بحيث ينطوى تحته كل ما يمكن تصوره من الحالات . ولا يخرج عن حكمه أية حالة ، والشريعة تضيق من دائرة هذا التعميم[1] . إلى حد ما فى جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، أما فيما عداها فالتعميم فى النص يأخذ حده كما هو الحال فى المعاصى التى يعزر فيها مثل قوله تعالى : ﴿ ولا تجسسوا ﴾ تحريماً لجريمة التجسس ، ومثل قوله : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ ومثل قوله : ﴿ أوفوا الكيل ﴾ ومثل قوله : ﴿ لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم ﴾ وفى التعزير المقرر للمصلحة العامة يصل التعميم والمرونة إلى حد تحريم الفعل بوصفه لا بذاته ، بحيث لا يمكن معرفة ما إذا كان الفعل جريمة أو غير جريمة إلا بعد أن يقع . وقد كان لعموم النصوص ومرونتها أثرها البالغ فى صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان ، واستغنائها عن التعديل والتبديل .

(١) إذا لم يكن التضييق ظاهراً فى النصوص المحرمة للجريمة فإنه ظاهر فى بقية النصوص الأخرى التى تحكم الجريمة ، فالسرقة جاء نصها عاما ولكن دائرة هذا التعميم ضيقت بما وضعه الرسول من قيود كاشتراط الحرز واشتراط أن لا يكون الثمر مطلقاً وغير ذلك .

أما القوانين الوضعية فالأصل فيها أن تحدد الجريمة ، وتعينها تعييناً دقيقاً ، وتبين أركانها الأساسية التي لا تقوم بغيرها ، ومن ثم كانت الأفعال التي يمكن أن تدخل تحت أي نص محدودة ، وكانت كل حالة جديدة تقتضي تغييراً في النصوص ، وكان من السهل التحايل على النصوص والتهرب من أحكام قانون العقوبات . ولعل هذا هو الذي دعا علماء القانون الآن إلى أن يفكروا في أن تكون النصوص عامة ومرنة ، لدرجة تسمح بأن تحكم كل الحالات ، وهذا الذي يقول به علماء القانون اليوم هو الأساس الذي قامت عليه الشريعة الإسلامية .

رابعاً — من حيث العقوبة : القاعدة العامة في الشريعة هي أن ينص على عقوبة الجريمة بحيث تتعين العقوبة تعييناً لا شك فيه ، وبحيث لا يكون للقاضي أن يخلق عقوبة من عنده ، وقد فرقت الشريعة بين الجرائم ، التي تمس أمن الجماعة ونظامها مساساً شديداً ، وبين غيرها من الجرائم ، والقسم الأول هو جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، والقسم الثاني هو جرائم التعزير بأنواعها المختلفة ففي جرائم القسم الأول لكل جريمة عقوبة أو عقوبات معينة ، لا خيار للقاضي في توقيعها ، وهو ملزم بالحكم بها متى ثبت لديه أن الجاني ارتكب الجريمة . أما في القسم الثاني فقد عينت الشريعة مجموعة من العقوبات لجرائم التعازير بأنواعها ، وتركت للقاضي أن يختار العقوبة الملائمة أو أكثر من عقوبة ، كما تركت له أن يقدر العقوبة من بين الحد الأعلى والحد الأدنى للعقوبة إذا كانت ذات حدين ، وأن يوقف تنفيذ العقوبة أو يمضيها طبقاً لما يراه ملائماً لحال المجرم ولظروف الجريمة .

أما القوانين الوضعية فتحدد لكل جريمة عقوبة واحدة هي في الغالب ذات حدين ، أو تحدد لكل جريمة عقوبتين كلتاهما ذات حدين ، وتترك للقاضي أن يوقع العقوبتين أو عقوبة واحدة ، وأن يقدر العقوبة من بين الحد الأدنى والأعلى للعقوبة ، وله أن يوقف تنفيذ العقوبة بشروط معينة وله أن يمضيها ، وفي كثير من الحالات تشترط القوانين الوضعية أن لا تنزل العقوبة عن حد معين

كما أنها تمنع إيقاف تنفيذ العقوبة ، والغالب أن يكون ذلك فى الجرائم الخطيرة . وظاهر من هذا أن سلطة القاضى فى القوانين الوضعية أضيق بكثير من سلطة القاضى فى الشريعة ، فالقاضى الذى يطبق القانون الوضعى مقيد بتطبيق العقوبة التى حددها القانون إذا كانت عقوبة واحدة ، ولا يستطيع أن يختار إلا بين عقوبتين إذا أعطى حق الاختيار ، وليس له فى كثير من الأحوال أن ينزل بالعقوبة عن حد معين ، وليس له أن يوقف التنفيذ فى كثير من الجرائم ، وهو بالتالى لا يملك السلطان الكافى الذى يساعده على معالجة المجرم والإجرام علاجا يتفق مع المصلحة العامة . وقد رأى كثير من كبار العلماء أن علاج هذه الحالة لا يتأتى إلا إذا أمكن القاضى من اختيار العقوبة نوعا ومقدارا ، وهذا لا يتأتى إلا إذا كان له أن يطبق مجموعة من العقوبات ، فإذا أخذ بهذا الرأى الذى ينادى به كبار العلماء اليوم فإن القانون يصبح مثل الشريعة فيما يتعلق بجرائم التعازير وعقوباتها. وظاهر كذلك من منع القاضى من إيقاف التنفيذ فى الجرائم الخطيرة، ومن عدم السماح له بأن ينزل بالعقوبة عن حد معين ، ومن تحديد عقوبة أو عقوبتين لكل جريمة ، ظاهر من هذا أن القوانين تأخذ بمبدأ الشريعة فى جرائم الحدود والقصاص ولكن إلى حد محدود .

وليس يهمنا أن تكون القوانين الوضعية مخالفة للشريعة الآن فى بعض الحالات ، فقد كانت تخالفها فى كل شىء حتى أواخر القرن الثامن عشر وإنما يهمنا أن نعلم أن القانون الوضعى بدأ بعد ذلك يسير وراء الشريعة ، ويأخذ بمبادئها ، ويطبق نظرياتها ، وأن مايطلبه علماء القانون أن يتحقق فى القانون ، هو نفس ماتأخذ به الشريعة ، وماتقوم عليه ، وإن فى ذلك لذكرى للذاكرين .

المبحث الثانى

فى أدلة الأحكام الشرعية

أى

مصادر التشريع الجنائى

١١٤ — مصادر التشريع الإسلامى بصفة عامة : من المتفق عليه بين جمهور الفقهاء أن مصادر التشريع الإسلامى أربعة : ١ ـ القرآن ٢ ـ السنة ٣ ـ الإجماع ٤ ـ القياس . ويعبر الفقهاء عن المصادر التشريعية بأنها الأدلة التى تستمد منها الأحكام ، ومن المتفق عليه أيضاً أن الحكم الذى يدل عليه واحد من هذه الأدلة الأربعة هو حكم واجب الاتباع .

ويرتب الفقهاء الأدلة والاستدلال بها طبقا للترتيب الذى ذكرناه ، فالمصدر الأول للشريعة هو القرآن ، والمصدر الثانى هو السنة ، والمصدر الثالث هو الإجماع ، والمصدر الرابع هو القياس ، فإذا لم يوجد حكم الواقعة فى القرآن رجع إلى القياس .

وهناك مصادر أخرى للشريعة مختلف عليها ، فيراها البعض مصادر تشريعية أحكامها ملزمة ، ولا يراها البعض الآخر كذلك ، والمصادر المختلف عليها هى : الاستحسان ، والاستصحاب ، والمصلحة المرسلة ، والعرف ، وشرع من قبلنا ، ومذهب الصحابى .

١١٥ — مصادر التشريع الجنائى الإسلامى : مصادر التشريع الجنائى فيما يختص بالإجراءات الجنائية هى نفس المصادر التى سبق الكلام عليها مع مراعاة أن بعضها متفق عليه والبعض مختلف عليه .

أما مصادر التشريع الإسلامى الجنائى المقرر للجرائم والعقوبات فأربعة فقط ، منها ثلاثة متفق عليها وهى: ١ـ القرآن ٢ـ السنة ٣ـ الإجماع . أما الرابع فهو القياس ، وقد اختلف فيه الفقهاء ، فرأى البعض أنه مصدر تشريعى جنائى، ورأى البعض أنه ليس مصدرا فى تقرير الجرائم والعقوبات .

ويجب أن نلاحظ الفرق الهام بين القرآن والسنة من ناحية وبين غيرهما من المصادر من ناحية أخرى ، فالقرآن والسنة هما أساس الشريعة . وهما اللذان جاءا بنصوص الشريعة المقررة للأحكام الكلية ، أما بقية المصادر فهى لا تأتى بأسس شرعية جديدة ، ولا تقرر أحكاما كلية جديدة وإنما هى طرق للاستدلال على الأحكام الفرعية من نصوص القرآن والسنة ، ولا يمكن أن تأتى بما يخالف القرآن والسنة ، لأنها تستمد منها وتستند إلى نصوصهما .

الفرع الأول

القرآن

١١٦ ـ القرآن : هو كتاب الله المنزل على رسوله محمد صلى الله عليه وسلم ، وهو المدون بين دفتى المصحف المبدوء بسورة الفاتحة المختوم بسورة الناس.

١١٧ ـ نصوص القرآن قطعية : وقد نقل القرآن إلينا بطريق التواتر كتابة ومشافهة ، والتواتر يفيد الجزم والقطع بصحة المنقول ، ومن ثم كانت نصوص القرآن قطعية الورود ، فمن المقطوع به أنها وردت إلينا عن الرسول كما أنزلت عليه من ربه ؛ لأنها نقلت إلينا عن الرسول بطريق التواتر كتابة ومشافهة. والنقل بطريق التواتر يفيد القطع واليقين ، فقد كتب القرآن عن الرسول جماعة من كتاب الوحى ، وحفظه جمع من الصحابة لا يمكن أن يتواطئوا على الكذب ، ونقله عن هذه الجموع جموع أخر فلم يختلفوا فى حرف أو لفظ على تعدد البلاد وتباعد الأقطار واختلاف الأجناس .

١١٨ ـ دلالة نصوص القرآن قطعية وظنية : وإذا كانت نصوص القرآن قطعية فإن دلالتها على معانيها قد تكون قطعية وقد تكون ظنية ، فإن كان النص دالا على معناه ولا يحتمل التأويل كانت دلالته قطعية مثل قوله تعالى : ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا﴾ فدلالة ثمانين على العدد قطعية ، ودلالة أبدا على التأبيد قطعية . وإن كان النص دالا على معناه ، ولكنه يحتمل التأويل كانت دلالته ظنية كقوله تعالى : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ فلفظ القرء قد يعنى الحيض وقد يعنى الطهر ، ومن ثم فدلالته على معناه ظنية لاقطعية إذا من المحتمل أن يكون المراد من اللفظ الحيض ، ومن المحتمل أن يكون المراد الطهر .

١١٩ ـ حجية أحكام القرآن : ـ لا خلاف بين المسلمين فى أن القرآن من عند الله ، وأنه سبحانه وتعالى تجب له الطاعة ، فالقرآن حجة على كل مسلم ومسلمة وأحكامه واجبة الاتباع أيا كان نوعها .

١٢٠ ـ أحكام القرآن شرعت للدنيا والآخرة : وأحكام القرآن على نوعين: أحكام يراد بها إقامة الدين وهذه تشمل أحكام العقائد والعبادات. وأحكام يراد بها تنظيم الدولة والجماعة . وتنظيم علاقات الأفراد بعضهم ببعض، وهذه تشمل أحكام المعاملات والعقوبات والأحوال الشخصية والدستورية الدولية إلخ ...

وأحكام القرآن على تنوعها وتعددها أنزلت بقصد إسعاد الناس فى الدنيا والآخرة ، ومن ثم كان لكل عمل دنيوى وجه أخروى ، فالفعل التعبدى أو المدنى أو الجنائى أو الدستورى أو الدولى له أثره المترتب عليه فى الدنيا من أداء الواجب ، أو إفادة الحل والملك ، أو إنشاء الحق أو زواله ، أو توقيع العقوبة ، أو ترتيب المسئولية إلخ ، ولكن هذا الفعل الذى يترتب عليه أثره فى الدنيا له أثر

آخر مترتب عليه فى الآخرة ، هو المثوبة أو العقوبة الأخروية . وينبنى على كون الشريعة مقصوداً بها إسعاد الناس فى الدنيا والآخرة أن تعتبر وحدة لا تقبل التجزئة ، أو جملة لا تقبل الانفصال ؛ لأن أخذ بعضها دون بعض لا يؤدى إلى تحقيق الغرض منها ، ولأنه لا توجد شريعة أخرى على وجه الأرض معمول بها تسلك مسلك الشريعة الإسلامية فلا ينبغى أن تقاس الشريعة فى هذا بغيرها .

ومن يتتبع آيات الأحكام يجد كل حكم منها يترتب عليه جزاءان : جزاء دنيوى ، وجزاء أخروى فالقرآن يحرم القتل حيث يقول الله تعالى : ﴿ ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق ﴾ [الإسراء : ٣٣] ويجعل للقتل جزاءين أحدهما دنيوى ، والثانى أخروى ، فأما جزاء الدنيا فهو القصاص ، وأما جزاء الآخرة فهو العذاب الأليم ، وذلك قوله تعالى: ﴿ ياأيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى : الحر بالحر والعبد بالعبد ، والأنثى بالأنثى ، فمن عفى له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ، ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم ﴾ [سورة البقرة : ١٧٨] والعذاب الأليم هو عذاب الآخرة ، يؤيد ذلك قوله تعالى : ﴿ ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها ، وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذاباً عظيما ﴾ [النساء : ٩٣] ويؤيده أن القصاص عقوبة الدنيا على الاعتداء .

وجزاء قطع الطريق أو الحرابة ، القتل والقطع والصلب : والنفى عقوبة دنيوية والعذاب العظيم عقوبة أخروية ، وذلك قوله تعالى : ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ، ويسعون فى الأرض فساداً ، أن يقتلوا ، أو يصلبوا ، أو تقطع أيديهم وأرجُلُهم من خلاف ، أو ينفوا من الأرض ، ذلك خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم ﴾ [سورة المائدة : ٣٣] .

وجزاء السارق القطع فى الدنيا ، والعذاب فى الآخرة ، لقوله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم . فمن

تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه إن الله غفور رحيم ﴾ [سورة المائدة : ٣٨ : ٣٩] والمقصود التوبة بعد العقوبة الدنيوية ، ولا يتوب بعد عقابه إلا من كان مسئولا مسئولية أخروية .

وإشاعة الفاحشة ورمى المحصنات له عقوبة فى الدنيا وعقوبة فى الآخرة ، حيث يقول جل شأنه : ﴿ إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة فى الذين آمنوا لهم عذاب أليم فى الدنيا والآخرة ﴾ [النور : ١٩] ويقول : ﴿ إن الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا فى الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم . يوم تشهد عليهم ألسنتهم وأيديهم وأرجلهم بما كانوا يعملون . يومئذ يوفيهم الله دينهم الحق ويعلمون أن الله هو الحق المبين ﴾ [النور ٣٣ ـ ٣٥] .

والزنا له عقوبتان أيضا إحداهما فى الدنيا والثانية فى الآخرة ، فيقول الله تعالى : ﴿ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ [النور : ٢] ويقول : ﴿ والذين لا يدعون مع الله إلها آخر ، ولا يقتلون النفس التى حرم الله إلا بالحق ، ولا يزنون ، ومن يفعل ذلك يلق أثاما . يضاعف له العذاب يوم القيامة ويخلد فيه مهانا . إلا من تاب وآمن وعمل عملا صالحاً فأولئك يبدل الله سيئاتهم حسنات وكان الله غفوراً رحيما ﴾ [الفرقان : ٦٨ ـ ٧٠] .

وأكل أموال اليتامى معاقب عليه فى الدنيا والآخرة ، وذلك قوله تعالى : ﴿ وآتوا اليتامى أموالهم ولا تتبدلوا الخبيث بالطيب ، ولا تأكلوا أموالهم إلى أموالكم إنه كان حُوبا كبيرا ﴾ وقوله : ﴿ إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما إنما يأكلون فى بطونهم ناراً وسيصلون سعيرا ﴾ [النساء : ٢ ، ١٠] .

وأكل الربا له عقوبتان الأولى فى الدنيا والثانية فى الآخرة ، وذلك قوله تعالى: ﴿ الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس ، ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا ، وأحل الله البيع وحرم الربا ، فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله ، ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون ﴾ [البقرة : ٢٧٥] .

وتعطيل المساجد له كذلك عقوبة دنيوية وعقوبة أخروية حيث يقول جل شأنه: ﴿ ومن أظلم ممن منع مساجد الله أن يذكر فيها اسمه وسعى فى خرابها ، أولئك ما كان لهم أن يدخلوها إلا خائفين ، لهم فى الدنيا خزى ولهم فى الآخرة عذاب عظيم ﴾ [البقرة : ١١٤] .

والتولى عند الزحف له عقوبتان أيضا فى قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا لقيتم الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الأدبار ، ومن يولهم يومئذ دبره إلا متحرفا لقتال أو متحيزا إلى فئة فقد باء بغضب من الله ، ومأواه جهنم و بئس المصير ﴾ [الأنفال : ١٥ ، ١٦]

وللمرتد عقاب فى الدنيا وعقاب فى الآخرة فى قوله تعالى : ﴿ ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر ، فأولئك حبطت أعمالهم فى الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون ﴾ [البقرة : ٢١٧] .

وهكذا لا نكاد نجد حكما لم ترتب عليه الشريعة عقوبة أخروية فوق العقوبة الدنيوية ؛ وإن وجدنا شيئا من ذلك فإنه يدخل تحت قوله تعالى: ﴿ أفمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستوون . أما الذين آمنوا وعملوا الصالحات فلهم جنات المأوى نزلا بما كانوا يعملون . وأما الذين فسقوا فمأواهم النار كلما أرادوا أن يخرجوا منها أعيدوا فيها ، وقيل لهم ذوقوا عذاب النار الذى كنتم به تكذبون ﴾ [السجدة : ١٨ ـ ٢٠] وقوله : ﴿ ومن يطع الله ورسوله يدخله جنات تجرى من تحتها الأنهار خالدين فيها وذلك الفوز العظيم . ومن يعص الله ورسوله و يتعد حدوده يدخله ناراً خالدا فيها وله عذاب مهين ﴾ [النساء : ١٠ ، ٤٠] وهناك كثير من النصوص العامة قاطعة بهذا المعنى وفيما ذكرناه هنا الكفاية .

ولم تشرع أحكام الشريعة الإسلامية للدنيا والآخرة عبثا وإنما اقتضى ذلك منطق الشريعة . فهى فى أصلها تعتبر أن الدنيا دار ابتلاء وفناء ، وأن الآخرة دار بقاء وجزاء ، وأن الإنسان مسئول عن أعماله فى الدنيا ومجزى عنها فى

الآخرة ، فإن فعل خيراً فلنفسه ، وإن أساء فعليها ، والجزاء الدنيوى لا يمنع من الجزاء الأخروى إلا إذا تاب الإنسان وأناب .

١٢١ - أحكام الشريعة لا تتجزأ : وأحكام الشريعة لاتتجزأ ولا تقبل الانفصال ، وليس ذلك فقط لما ذكرناه من أن التجزئة تخالف الغرض من الشريعة ، وإنما لأن نصوص الشريعة نفسها تمنع من العمل ببعضها وإهمال البعض الآخر ، كما تمنع من الإيمان ببعضها والكفر ببعض ، وتوجب العمل بكل أحكامها والإيمان إيمانا تاما بكل ماجاءت به ، فمن لم يؤمن بهذا و يعمل به دخل تحت قوله تعالى : ﴿ أفتؤمنون ببعض الكتاب وتكفرون ببعض ، فما جزاء من يفعل ذلك منكم إلا خزى فى الحياة الدنيا ، و يوم القيامة يردون إلى أشد العذاب ﴾ [البقرة : ٨٥]

والنصوص الواردة فى تحريم العمل ببعض الشريعة دون بعضها كثيرة منها قوله تعالى : ﴿ إن الذين يكتمون ما أنزلنا من البينات والهدى من بعد ما بيناه للناس فى الكتاب ، أولئك يلعنهم الله و يلعنهم اللاعنون . إلا الذين تابوا وأصلحوا و بينوا فأولئك أتوب عليهم وأنا التواب الرحيم ﴾ [البقرة ٥٩ ، ١٦٠] والكتمان معناه العمل ببعض الأحكام دون بعضها الآخر ، والاعتراف ببعضها و إنكار البعض الآخر .

ومنها قوله تعالى : ﴿ إن الذين يكتمون ما أنزل الله من الكتاب و يشترون به ثمنا قليلا أولئك ما يأكلون فى بطونهم إلا النار ، ولا يكلمهم الله يوم القيامة ولا يزكيهم ، ولهم عذاب أليم . أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى والعذاب بالمغفرة فما أصبرهم على النار ﴾ [البقرة : ١٧٤ ، ١٧٥] .

وقوله تعالى: ﴿أفغير دين الله يبغون وله أسلم من فى السموات والأرض طوعا وكرها و إليه يرجعون ﴾ وقوله ﴿ ومن يبتغ غير الإسلام دينا فلن يقبل منه وهو فى الآخرة من الخاسرين ﴾ [آل عمران : ٨٣ ، ٨٥] .

وقوله: ﴿ وإذ أخذ الله ميثاق الذين أوتوا الكتاب لتبيننه للناس ولا تكتمونه فنبذوه وراء ظهورهم واشتروا به ثمناً قليلا فبئس ما يشترون ﴾ [آل عمران:١٨٧]

وقوله : ﴿ يا أيها الرسول لا يحزنك الذين يسارعون فى الكفر من الذين قالوا آمنا بأفواههم ولم تؤمن قلوبهم ، ومن الذين هادوا سماعون للكذب سماعون لقوم آخرين لم يأتوك يحرفون الكلم من بعد مواضعه ، يقولون إن أوتيتم هذا فخذوه وإن لم تؤتوه فاحذروا ، ومن يرد الله فتنته فلن تملك له من الله شيئاً ، أولئك الذين لم يرد الله أن يطهر قلوبهم ، لهم فى الدنيا خزى ولهم فى الآخرة عذاب عظيم ﴾ وقوله: ﴿ فلا تخشوا الناس واخشون ،ولا تشتروا بآياتى ثمناً قليلا ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون ﴾ [المائدة : ٤١ ، ٤٤] .

وقوله : ﴿ إن الذين يكفرون بالله ورسله ، ويريدون أن يفرقوا بين الله ورسله ، ويقولون نؤمن ببعض ونكفر ببعض ، ويريدون أن يتخذوا بين ذلك سبيلا ، أولئك هم الكافرون حقاً ﴾ [النساء : ١٥٠] .

وقوله : ﴿ وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقاً لما بين يديه من الكتاب ومهيمناً عليه فاحكم بينهم بما أنزل الله ، ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق ، لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً ، ولو شاء الله لجعلكم أمة واحدة ، ولكن ليبلوكم فيما آتاكم ، فاستبقوا الخيرات ، إلى الله مرجعكم فينبئكم بما كنتم فيه تختلفون . وأن احكم بينهم بما أنزل الله ، ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك ، فإن تولوا فاعلم أنما يريد الله أن يصيبهم ببعض ذنوبهم ، وإن كثيراً من الناس لفاسقون . أفحكم الجاهلية يبغون ومن أحسن من الله حكماً لقوم يوقنون ﴾ [المائدة : ٤٨ ، ٥٠] .

وقوله: ﴿ ياأيها الرسول بلغ ما أنزل إليك من ربك ، وإن لم تفعل فما بلغت رسالته ، والله يعصمك من الناس،إن الله لا يهدى القوم الكافرين . قل يا أهل الكتاب لستم على شىء حتى تقيموا التوراة والإنجيل وما أنزل إليكم من ربكم ،

وليزيدنَّ كثيراً منهم ما أنزل إليك من ربك طغياناً وكفراً فلا تأس على القوم الكافرين ﴾ [المائدة : ٦٧ ، ٦٨] .

وقوله : ﴿ وما أرسلنا من رسول إلا ليطاع بإذن الله ، ولو أنهم إذ ظلموا أنفسهم جاءوك فاستغفروا الله واستغفر لهم الرسول لوجدوا الله تواباً رحيما . فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شَجَرَ بينهم ، ثم لا يجدوا فى أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليما ﴾ [النساء : ٦٤ ، ٦٥] .

١٢٢ — ميزات الشريعة . وتمتاز الشريعة الإسلامية عن الشرائع الوضعية بميزات عظيمة هى أن أحكامها شرعت للدنيا والآخرة . وهذا هو السبب الوحيد الذى يحمل معتنقيها على طاعتها فى السر والعلن والسراء والضراء ؛ لأنهم يؤمنون بأن الطاعة نوع من العبادة يقربهم إلى الله ، وأنهم يثابون على هذه الطاعة ، ومن استطاع منهم أن يرتكب جريمة ويتفادى العقاب الدنيوى فإنه لا يرتكبها مخافة العقاب الأخروى وغضب الله عليه .

والشريعة تلزم معتنقيها أن يتخلقوا بالأخلاق الفاضلة، ومن تخلق بالأخلاق الفاضلة ندر أن يرتكب جريمة ، وهم بعد ذلك يعلمون أن الله رقيب عليهم ، ومطلع على أعمالهم ، وأنهم مهما استخفوا من الناس فان يستخفوا من الله وهو معهم أينما كانوا ، وكل ذلك مما يدعو إلى قلة الجرائم ، وحفظ الأمن وصيانة نظام الجماعة ومصالحها العامة ، بعكس الحال فى القوانين الوضعية فإنها ليس لها فى نفوس من تطبق عليهم ما يحملهم على طاعتها ، وهم لا يطيعونها إلا بقدر ما يخشون من الوقوع تحت طائلتها ، ومن استطاع أن يرتكب جريمة ما ، وهو آمن من سطوة القانون فليس ثمة ما يمنعه من ارتكابها من خلق أو دين، ولذلك تزداد الجرائم زيادة مطردة فى البلاد التى تطبق القوانين الوضعية ، وتضعف الأخلاق ويكثر المجرمون من الطبقات المستنيرة ، تبعاً لزيادة الفساد الخلقى فى هذه الطبقة ، ولقدرة أفرادها على التهرب من سلطان القانون .

وتفرض الشريعة على معتنقيها أن يؤمنوا بأنها من عند الله ، وأنها أصلح نظام وأعدله ، ومن ثم فهم لا يعدلون بها نظام آخر ، و يترتب على هذا أن لا تجد مؤمنا بالدين الإسلامى يرضى بأى نظام مخالف له أو خارج عليه ، كالشيوعية وما أشبه ، بينما تجد من تطبق عليهم القوانين الوضعية يقيسون الأنظمة بمقياس المصلحة المادية العاجلة ، فيستشرفون إلى كل نظام جديد ، و يتطلعون إلى الأخذ بكل ما يرونه أفضل من نظامهم أو مما يمكنهم من الجاه والمال والسلطان ، ومن ثم يعيشون غير مستقرين على مبدأ ولا نظام .

فمزج الشريعة بين أحكام الدنيا والدين و إيمان المسلمين بها ضمن للشريعة الاستمرار والثبات ، و بث فى المحكومين روح الطاعة والرضاء ، ودعاهم إلى التخلق بالأخلاق الكريمة وجعل للشريعة قوة فى الردع ليست لأى قانون وضعى آخر مهما أحكم وضعه وأحسن تطبيقه وتنفيذه .

الفرع الثانى

السنـــــة

١٢٣ — تعريف السنة : هى ما أثر عن الرسول صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير . فالسنة على ثلاثة أنواع : سنة قولية ، وسنة فعلية ، وسنة تقريرية .

أولا ــ السنة القولية : هى أحاديث الرسول التى قالها فى مختلف المناسبات مثال قوله « لا يحل قتل امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث : كفر بعد إيمان ، أو زنا بعد إحصان ، أو قتل نفس بدون نفس » وكقوله « من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين : إن أحبوا قتلوا ، و إن أحبوا أخذوا العقل » وكقوله فى عقوبة الزانى الذى لم يحصن: « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » وكقوله: « لا قطع فى ثمر معلق ، ولا فى حريسة الجبل فإن آواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن » وقوله : « من شرب الخمر فاجلدوه ، ثم إن شرب فاجلدوه » .

ثانيا ــ السنة الفعلية : ــ هى أفعاله صلى الله عليه وسلم مثل قضائه بالعقوبة فى الزنا بعد الإقرار ، وقطعه اليد اليمنى فى السرقة ، وقضائه بشاهد واحد ويمين المدعى .

ثالثا ــ السنة التقريرية : هى ما صدر عن بعض أصحاب الرسول من أقوال أو أفعال أقرها الرسول صلى الله عليه وسلم بسكوته وعدم إنكاره ، أو بموافقته وإظهار استحسانه ، فيعتبر عمل الصحابى أو قوله بعد أن أقره الرسول كأنه صادر من الرسول نفسه ، ومثل ذلك أن النبى لما بعث معاذا إلى اليمن سأله بم تقضى ؟ قال أقضى بكتاب الله ، فإن لم أجد فبسنة رسول الله ، فإن لم أجد أجتهد رأيى ، فأقره الرسول على ذلك حيث قال : « الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله إلى ما يرضى رسول الله » .

١٣٤ ــ **مركز السنة من القرآن** : القرآن هو المصدر الأول للتشريع الإسلامى ، وأساس هذا التشريع ، والسنة هى المصدر الثانى ، وتلى القرآن فى المرتبة . وأحكام السنة من الناحية التشريعية لا تعدو أن تكون واحدا من ثلاثة : ــ

الأول ــ فهى إما أن تكون سنة تقرر وتؤكد حكما جاء به القرآن ، فيكون الحكم مرجعه القرآن والسنة معا ، كتحريم القتل بغير حق ، وشهادة الزور ، والسرقة وغير ذلك من الأوامر والنواهى التى جاء بها القرآن والسنة .

الثانى ــ وإما أن تكون سنة مفصلة مفسرة حكما جاء به القرآن مجملا ، أو مقيدة ما جاء فى القرآن مطلقا ، أو مخصصة ما جاء فيه عاما ، فيكون هذا التفسير أو التقييد أو التخصيص الذى جاءت به السنة بيانا للمقصود من الحكم الذى جاء به القرآن ؛ لأن الله جعل لرسوله حق البيان لنصوص القرآن بقوله : ﴿ وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم ﴾ [سورة النحل : ٤٤] فالسنة هى التى فصلت كيفية إقامة الصلاة ، وكيفية إيتاء الزكاة ؛ لأن القرآن أمر بإقامة الصلاة ،

بإيتاء الزكاة ، وحج البيت ، ولم يبين عدد الركعات ، ولا كيفية الصلاة ، ولا مقادير الزكاة ، ولا مناسك الحج .

والسنة هى التى قيدت وخصصت كثيراً من أحكام القرآن ، فنصوص القرآن أحلت البيع وحرمت الربا ، والسنة هى التى بينت بيوع الربا ، ونصوص القرآن حرمت الميتة والدم ، والسنة قيدت هذا الإطلاق ، وخصصت التحريم وبينت مايحل من أنواع الميتة والدم ، ونصوص القرآن جعلت الميراث للأولاد والسنة منعت ميراث القاتل ، والقرآن يعاقب السارق والسارقة بالقطع ، والسنة منعت القطع إلا فى ربع دينار فصاعداً ، ومنعت القطع إلا فى السرقة من حرز .

الثالث — وإما أن تكون سنة مثبتة حكما سكت عنه القرآن ، فيكون الحكم أساسه السنة وليس له دليل فى القرآن كقول الرسول : « لا تنكح المرأة على عمتها ولا خالتها » وكقوله فى تحريم الذهب والفضة : « هذان حرامان على رجال أمتى حلالان لنسائها » وكقوله : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب »

١٢٥ ـ أنواع السنة بحسب روايتها : تنقسم السنة بحسب روايتها ثلاثة أقسام :

ا — سنة متواترة . ب — سنة مشهورة . حـ — سنة آحاد .

(ا) السنة المتواترة : هى ما رواه عن رسول الله جمع يمتنع عادة أن يتواطأ أفراده على كذب ؛ لكثرتهم وأمانتهم ، ثم رواه عن الجمع جمع مثله ، وعن هذا الجمع جمع آخر ، وهكذا حتى وصلت إلينا بسند كل طبقة من رواته جمع لا يتفقون على كذب من مبدأ التلقى عن الرسول حتى وصلت السنة إلينا . ومن هذا القسم السنن العملية فى أداء الصلاة والصوم وغير ذلك من شعائر الدين التى

تلقاها المسلمون جموعا عن الرسول ، ولقنوها جموعا أخر دون خلاف عليها مع اختلاف الأعصار وتباعد الأمصار

(ب) السنة المشهورة : هى مارواها عن الرسول صحابى أو أكثر دون أن يبلغ الرواة حد التواتر ، ثم نقلها من الراوى أوالرواة جمع من جموع التواتروتناقلها عن هذا الجمع جموع أخر حتى وصلت إلينا بسند أول طبقة فيه فرد أو أفراد لا يبلغون حد التواتر ، وباقى طبقاته من جموع التواتر ، ومن هذا القسم ماروا‌ه عمر بن الخطاب وابن مسعود وغيرهما من الصحابة .

(ح) سنة الآحاد : هى ما رواها عن الرسول آحاد أو جمع لم يبلغ حد التواتر وتناقلها عن هؤلاء أمثالهم من الآحاد أو الجموع التى لا تبلغ حد التواتر حتى وصلت إلينا بسند طبقات الرواة فيه آحاد أو جموع لا تبلغ حد التواتر ، ومن هذا القسم معظم الأحاديث .

١٢٦ ـ **هل السنن قطعية أو ظنية ؟** : السنة المتواترة قطعية الورود عن الرسول لأن تواتر النقل يفيد الجزم بصدق الرواة ، والسنة المشهورة قطعية الورود عن الصحابى الذى نقلها عن الرسول ، وليست قطعية الورود عن الرسول ، لأن من تلقاها عن الرسول ليس جمعاً من جموع التواتر ، ولأن من تلقاها عن الصحابى جمع من جموع التواتر ، وسنة الآحاد ظنية الورود عن الرسول .

والسنن جميعاً قد تكون قطعية الدلالة ، وهذا إذا كانت لا تحتمل تأويلا ، وقد تكون ظنية الدلالة ، وهذا إذا كانت تحتمل التأويل .

١٢٧ ـ **حجية السنة** : لا خلاف فى أن أقوال الرسول وأفعاله وتقاريره التى قصد بها التشريع ونقلت إلينا بسند صحيح يفيد القطع أو الظن الراجح — تعتبر حجة ملزمة للمسلمين ، ومصدراً تشريعياً واجب الاتباع سواء كانت قطعية الورود أو ظنية الورود ، فالسنة المتواترة واجبة الاتباع ، لأن ورودها

عن الرسول مقطوع به ، والسنة المشهورة وسنة الآحاد واجبة الاتباع – وإن كانت ظنية الورود عن الرسول ؛ لأن هذا الظن راجح بما توفر فى الرواة من العدالة والإتقان .

وقد اعتبرت أحكام السنة ملزمة واجبة الاتباع لأن القرآن جعلها كذلك، فالله تعالى يقول : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم ، فإن تنازعتم فى شيء فردوه إلى الله والرسول ﴾ [النساء : ٥٩] ويقول : ﴿ وإذا جاءهم أمر من الأمن أو الخوف أذاعوا به ، ولو ردُّوه إلى الرسول وإلى أولى الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم ﴾ [النساء : ٨٣] ويقول : ﴿ ومن يطع الرسول فقد أطاع الله ﴾ [النساء : ٨٠] ويقول : ﴿ وما أرسلنا من رسول إلا ليُطَاع بإذن الله ﴾ [النساء : ٦٤] ويقول : ﴿ قل أطيعوا الله والرسول ﴾ [آل عمران : ٣٢] ويقول : ﴿ قل إن كنتم تحبون الله فاتبعونى يحببكم الله ﴾ [آل عمران : ٣١] ويقول : ﴿ وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخِيرَةُ من أمرهم ﴾ [الأحزاب : ٣٦] ويقول : ﴿ وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا ﴾ [الحشر : ٧] .

فالسنة إذن تشريع واجب الاتباع بنص القرآن ، وقد أجمع الصحابة فى حياة الرسول وبعد وفاته على وجوب اتباع سنته ، فكانوا فى حياته يمضون أحكامه ، ويمتثلون أمره ونهيه ، يحلون ما أحل ، ويحرمون ما حرم ، وبعد وفاته كانوا إذا لم يجدوا فى القرآن حكم أى واقعة نزلت بهم سألوا عن سنة الرسول فيها ، وكان أبو بكر إذا لم يحفظ سنة فى واقعة ما ، خرج ينشد المسلمين أيهم يحفظ سنة عن النبى فى تلك الواقعة ، كذلك كان يفعل عمر وغيره من الصحابة والتابعين .

١٢٨ — هل تعتبر كل أقوال الرسول وأفعاله تشريعا ؟ : أفعال الرسول وأقواله على أنواع : فمنها ما صدر منه باعتباره بشراً كالقيام والقعود والأكل

والشرب ، ومثل هذه الأفعال لا تعتبر تشريعاً ؛ لأنها صدرت عن الرسول بمقتضى بشريته وليست جزءاً من رسالته .

وبعض الأفعال صدر عن الرسول ودل الدليل على أنها من خصائصه لا يشاركه فيها أحد ، كالزواج بأكثر من أربعة ، ودخول مكة بغير إحرام ، والوصال فى الصوم ، وهذه أيضاً لا تعتبر تشريعاً ؛ لأنها خاصة بالرسول فلا يشاركه فيها غيره .

وبعض الأفعال صدر عن الرسول وأساسه خبرته الخاصة بالشئون الدنيوية ، كالاتجار والزراعة وتنظيم الجيوش ، وهذه الأفعال وأمثالها ليست تشريعاً أيضاً ؛ لأن مبناها الخبرة الشخصية ، والرسول نفسه كان لا يعتبر هذه الأفعال تشريعاً ، فقد أشار على بعض الصحابة بتأبير النخل على وجه خاص فلم يصلح النخل به ، فعدل عن رأيه وقال : « أنتم أعلم بأمور دنياكم » وفى موقعة بدر أراد أن ينزل بالجيش فى مكان معين ، فقال له أحد أصحابه : أهذا منزل أنزلكه الله ، أم هو الرأى والحرب والمكيدة ؟ قال : « بل هو الرأى والحرب والمكيدة » فأشار الصحابى بإنزال الجنود فى مكان آخر لأسباب بينها فأخذ الرسول بمشورته .

أما الأقوال والأفعال التى صدرت عن الرسول بقصد البيان والتعليم والإرشاد فهى تشريع ملزم، ومثل ذلك قوله : « صلوا كما رأيتمونى أصلى »وقوله : « خذوا عنى مناسككم »وكقطعه يد السارق اليمنى من الكوع بياناً لقوله تعالى : ﴿ فاقطعوا أيديهما ﴾ وكأمره بدفن المرجوم والصلاة عليه حينما سئل عن ماعز فقال : « افعلوا به كما تفعلون بموتاكم » وكاختياره سوطا لا هو بالشديد ولا هو باللين حينما أراد إقامة الحد ، ومثل ذلك أيضاً ما روى عنه من أن أم سلمة سألته عن قبلة الصائم، فقال لها :« لم لم تقولى لهم إنى أقبل وأنا صائم ! » ولما سألته عن بلّ الشعر فى الاغتسال قال : « أما أنا فيكفينى أن أحثو على رأسى ثلاث حثيات من ماء » ولقد اختلف الصحابة فى الغسل من غير إنزال فأنفذ عمر إلى عائشة

رضى الله عنها وسألها عن ذلك ؛ فقالت : فعلته أنا ورسول الله واغتسلنا . فأخذ عمر الناس بذلك وكان عمر يقبل الحجر الأسود فى طوافه ويقول : إنى أعلم أنك حجر لا تضر ولا تنفع ، ولولا أنى رأيت رسول الله يقبلك ما قبلتك . ولولا أن فعل رسول الله وقوله متبع لما أخذ الصحابة بفعله وقوله .

الفرع الثالث

الإجماع

١٢٩ — تعريف الإجماع : الإجماع هو اتفاق جميع المجتهدين من الأمة الإسلامية فى عصر من العصور بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم على حكم شرعى .

١٣٠ — حجية الإجماع : إذا اتفق جميع المجتهدين فى الأمة الإسلامية متفرقين أو مجتمعين على حكم واقعة من الوقائع كان هذا الحكم المتفق عليه واجب الاتباع ، واعتبر الإجماع دليلا قطعياً على الحكم ، أما إذا كان الرأى صادراً من أكثرية المجتهدين فإنه يعتبر دليلا ظنياً ، ويجوز للأفراد اتباعه ويجوز للمجتهدين أن يروا خلافه ، ما لم ير ولى الأمر أن يوجب اتباعه فيصبح فى هذه الحالة واجب الاتباع .

١٣١ — الأساس التشريعى للإجماع : أساس الإجماع هو القرآن والسنة فالاجتهاد لا يقوم على التحكم وإنما يقم على مبادئ الشريعة العامة وروحها فيما لم يرد فيه نص صريح فى القرآن أو السنة ، واتفاق المجتهدين على حكم معين قاطع فى موافقة هذا الحكم لمبادىء الشريعة العامة وروح التشريع فيها ؛ لأن اجتماعهم على حكم واحد مع اختلاف الأقطار والبيئات والمذاهب دليل على أن وحدة الحق هى التى جمعتهم .

وقد دعا القرآن والسنة إلى اعتبار الإجماع تشريعاً ملزماً ، فقوة الإلزام فى الإجماع واعتباره مصدراً تشريعيا مرده إلى نصوص القرآن ونصوص السنة .

القرآن : فأما القرآن فقد قال الله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم ﴾ [النساء : ٥٩] ومن المتفق عليه أن أولى الأمر فى هذه الآية مقصود بهم الحكام والعلماء معا ، فكل منهم ولى أمر فى عمله ، فإذا أجمع العلماء على حكم وجب اتباعه ؛ لأن طاعتهم واجبة بنص القرآن ، كذلك قال الله تعالى : ﴿ ولو ردوه إلى الرسول و إلى أولى الأمر منهم لعلمه الذين يَسْتَنْبِطُونه منهم ﴾ [النساء : ٨٣] والمقصود بأولى الأمر فى هذه الآية العلماء.

السنة : أما السنة فجعلت رأى الجماعة صوابا خالصا بعيدا عن الخطأ، واعتبرت الرأى المجمع عليه حسنا عند الله، فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « لا تجتمع أمتى على خطأ » وقال : « لم يكن الله ليجمع أمتى على ضلالة » وقال: « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » .

١٣٢ — الإجماع مصدر القوانين واللوائح والقرارات : القوانين الجنائية هى النصوص التى تصدرها السلطات المختصة بسن القوانين بغض النظر عن شكل الحكومة الدستورى ، وهذه النصوص تسمى فى مصر قوانين إذا جاءت عن طريق البرلمان ، وتسمى مراسيم بقوانين إذا أصدرها الملك فى غيبة البرلمان ، طبقا للمادة ٤١ من الدستور المصرى وفى كلا الحالين يجب أن تقرها أغلبية من أعضاء البرلمان فإذا أقرتها الأغلبية ، أمر الملك بإصدارها، وأصبحت ملزمة للأفراد . فمصدر القوانين هو الإجماع الناقص ، أو هو إجماع الأكثرية على القواعد والمبادىء التى يحتويها القانون ، وقوة القانون الملزمة تأتى لا من هذا الإجماع وإنما من أمر ولى الأمر بإصدار القانون ووضعه موضع التنفيذ فالإجماع هنا دليل ظنى لا قطعى .

واللوائح والقرارات هى ما تصدره السلطات الإدارية والمحلية من قواعد لتنفيذ قانون ما ، بناء على السلطة المخولة لهذه السلطات بنص القانون ، فمصدرها هو مصدر القانون أى الإجماع الناقص ، وقوتها الإلزامية مستمدة من أمر ولى الأمر الذى أصدر القانون ، وخول لمن وكل إليه التنفيذ سلطة التنفيذ .

١٣٣ - مركز القوانين واللوائح والقرارات من التشريع الإسلامى :
تعتبر القوانين والقرارات واللوائح مكملة للتشريع الإسلامى ؛ لأن الشريعة تعطى لأولى الأمر حق التشريع فيما يمس مصلحة الأفراد ومصلحة الجماعة ، وفيما يعود على الأفراد والجماعة بالنفع ، فللسلطة التشريعية فى أى بلد إسلامى أن تعاقب على أى فعل مباح إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ، ولها أن تعفو عن الجريمة أو عن العقوبة[1] إذا كانت الجريمة من جرائم التعازير واقتضت المصلحة العامة العفو عن الجريمة ، أو العفو عن العقوبة كلها أو بعضها ، ولها أن تضيق من سلطان القاضى فى أى جريمة من جرائم التعازير وأن تتركه واسعاً مادامت المصلحة العامة تقتضى هذا .
والقوانين والقرارات واللوائح التى تصدرها السلطة التشريعية تكون نافذة واجبة الطاعة شرعا ، بشرط أن لا يكون فيها ما يخالف نصوص الشريعة الصريحة أو يخرج على مبادئها العامة وروح التشريع فيها ، وإلا فهى باطلة بطلانا مطلقا كما سنبين فيما بعد عند الكلام على النسخ .

١٣٤ - الشريعة لم تنفرد بجعل الإجماع تشريعا : وقد يظن البعض أن الشريعة انفردت باعتبار الإجماع مصدراً للتشريع ، وهو ظن خاطىء فالقوانين الوضعية فى غير البلاد الإسلامية أساسها رأى الجماعة سواء فى التشريع أو التطبيق .
فالقوانين لاتصدر إلا إذا وافقت عليها أغلبية الهيئات التشريعية ، والنظريات القانونية التى يجمع عليها معظم الفقهاء أو معظم القضاة يكون لها دون تشريع قوة ملزمة مصدرها هذا الإجماع الناقص . وتجعل القوانين الوضعية الحكم لرأى غالبية القضاة عند الاختلاف إذا تعدد القضاة ، فإذا كانت المحكمة مكونة من ثلاثة قضاة كان الحكم مايراه اثنان منهما ، وإذا اختلفت دوائر المحاكم العليا فى تقرير المبادىء القانونية أو تفسير النصوص كان الحكم لأغلبية قضاة هذه الدوائر مجتمعين . ومعنى هذا كله أن القوانين الوضعية تسلم بالإجماع ، وتجعل

(١) راجع الفقرة ١٩١ وما بعدها .

الإجماع الناقص مصدراً للتشريع والتفسير والتطبيق ؛ لأنه يمثل رأى الأكثرين .

الفرع الرابع

القياس

١٣٥ - تعريف القياس : القياس هو إلحاق مالا نص فيه بما فيه نص فى الحكم الشرعى المنصوص عليه لاشتراكهما فى علة هذا الحكم .

ويؤخذ من هذا التعريف أن للقياس أربعة أركان : -

١ - المقيس عليه : وهو الأمر الذى ورد النص ببيان حكمه ويسمى الأصل .

٢ - المقيس : وهو الأمر الذى لم يرد نص بحكمه ، ويراد معرفة حكمه ويسمى الفرع .

٣ - الحكم : وهو الحكم الشرعى الذى ورد به النص فى الأصل ، ويراد الحكم به على الفرع .

٤ - العلة : وهى الوصف الذى شرع الحكم فى الأصل لأجله وتحقق فى الفرع [1] .

١٣٦ - هل القياس ممكن فى جميع الأحكام ؟ : اختلف الفقهاء فى جواز إجراء القياس فى جميع الأحكام الشرعية ، فرأت قلة أنه جائز لأن جميع الأحكام الشرعية من جنس واحد ، وتدخل تحت حد واحد هو حد الحكم الشرعى وتشترك فيه ، وقد جاز على بعضها أن يكون ثابتا بالقياس ، وما جاز على بعض المتماثلات كان جائزا على بعضها الآخر . ورأى جمهور الفقهاء أن القياس لا يجوز إجراؤه بصفة عامة فى كل الأحكام الشرعية ولو أنها تدخل تحت حد واحد ، لأنها متنوعة ومتمايزة بأمور موجبة للتنوع والتمايز ؛ ولا مانع من

---

(١) أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص ٤٧ .

أن يكون ما جاز على بعضها وثبت له قد حاز باعتبار خصوصيته وتعيينه لا باعتباره حكما شرعيا مجرداً ، وعند هؤلاء أن القياس فى كل الأحكام ممتنع لسببين : ــ

أولهما : ــ أنه يفضى إلى أمر ممتنع فكان ممتنعاً ؛ لأن كل قياس لا بد له من أصل يستند إليه فلو كان كل حكم يثبت بالقياس لكان حكم أصل القياس ثابتاً بالقياس ، وكذلك حكم أصل أصله ، وإذا تسلسل الأمر إلى غيرنهاية امتنع وجود قياس ما ؛ لتوقفه على أصول لا نهاية لها .

وثانيهما : ــ أن من الأحكام مايثبت غير معقول المعنى كتحديد جلد الزانى غير المحصن بمائة جلدة ، وقاذف المحصنات بثمانين ، وما كان كذلك فإجراء القياس فيه متعذر ؛ لأن القياس يقوم على تعدية علة الأصل للفرع ، فما لا يعقل له علة يمتنع إثباته بالقياس[1] .

١٣٧ ــ القياس فى الجرائم والعقوبات : واختلف الذين لايجيزون القياس فى كل الأحكام فى جواز القياس فى الجرائم والعقوبات ، فقال بعضهم إنه جائز ، وقال بعضهم إنه غير جائز ، ولكل حجته .

والقائلون بجواز القياس لهم حجتان : ــ

الأولى : ــ أن النبى صلى الله عليه وسلم أقر القياس حين سأل معاذاً بم تقضى ؟ قال أقضى بكتاب الله ، فإن لم أجد فبسنة رسول الله ، فإن لم أجد أجتهد رأيى ، فأقره الرسول على قوله : أجتهد رأيى ، وهو تعبير مطلق لا تفصيل فيه ، فدل ذلك على جواز القياس فى الجرائم والعقوبات .

الثانية : ــ أن الصحابة لما اشتوروا فى حد شارب الخمر قال على رضى الله عنه إنه إذا شرب سكر ، وإذا سكر هذى ، وإذا هذى افترى ، فحدوه حد المفترى ،

---

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ج ٤ ص ٩٠ وما بعدها .

فقاس حد الشارب على حد المفترى ، ولم ينقل عن أحد من الصحابة نكير فكان إجماعا .

والقائلون بعدم جواز القياس يحتجون بثلاث حجج : ـ

الأولى : ـ أن الحدود والكفارات من الأمور المقدرة التى لا يمكن تعقل المعنى الموجب لتقديرها . والقياس أساسه تعقل علة حكم الأصل ، فما لا يعقل له من الأحكام علة فالقياس فيه متعذر .

الثانية : ـ أن الحدود عقوبات وكذلك الكفارات فيها شائبة العقوبة ، والقياس مما يدخله احتمال الخطأ ، واحتمال الخطأ شبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات لقوله عليه الصلاة والسلام : « أدرءوا الحدود بالشبهات » .

والثالثة : ـ أن الشارع قد أوجب حد القطع بالسرقة ، ولم يوجبه بمكاتبة الكفارة مع أنه أولى بالقطع ، وأوجب الكفارة بالظهار لكونه منكراً وزوراً ، ولم يوجبها فى الردة مع أنها أشد فى المنكروقول الزور . فحيث لم يوجب ذلك فيما هو أولى ، فهو دليل على امتناع جريان القياس فيه[1]

وقد تكون حجج هذا الرأى من القوة بحيث ترجحه على الرأى الأول خصوصاً إذا لاحظنا أن تقرير حد القاذف لم يكن نتيجة القياس ، وإنما كان تقريره نتيجة للاجماع عليه ، ولا عبرة بالاستدلال عليه بطريق القياس ؛ لأن القياس لم يجعله تشريعا ملزما ، وإنما الذى جعله كذلك هو الإجماع عليه .

على أنه يجب أن نعرف أن القياس فى العقوبات يقتضى قبل كل شىء القياس فى الجرائم ، وأن القائلين بجواز القياس فى الجرائم ، لا يؤدى قولهم إلى الإتيان بأحكام جديدة ، أو خلق جرائم جديدة ، وإنما يؤدى قولهم إلى توسيع الدائرة التى تنطبق فيها النصوص ، فالقياس فى الجرائم والعقوبات إذن ليس مصدراً تشريعياً ، وإنما هو مصدر تفسيرى يساعد على تعيين الأفعال التى تدخل

---

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للامدى ج ٤ ص ٨٢ وما بعدها .

تحت النص ، فإذا حرم النص صورة معينة لعلة ما ألحق بها القياس كل الصور المماثلة التى تتوفر فيها علة التحريم ، كإلحاق اللواط بالزنا ، و إلحاق القتل بالمثقل بالقتل بالمحدد ، و إلحاق المسكر بالخمر عند البعض ، و إلحاق القبر بالمسكن وغيره من الأمكنة المعدة لحفظ المال بحيث يعتبر آخذ الكفن سارقاً وهكذا . ولا ضير من الأخذ بهذا الرأى الذى تأخذ به المحاكم اليوم إلى حد كبير وينادى بالتوسع فى تطبيقه علماء القانون وشراحه .

١٣٨ — القياس فى الإجراءات : — و يسلم الفقهاء بالقياس فى الإجراءات الجنائية ، بل يسلمون بالقياس و بغيره من المصادر الأخرى التى لا يعترفون بها مصادر تشريعية جنائية ، كالعرف ، ومذهب الصحابى ، فمثلا يرى البعض أن يكون الإقرار فى السرقة مرتين قياساً على اشتراط الأقارير الأربعة فى الزنا ، ومن لا يسلم بهذا يرى أن الحكم خاص بالزنا فقط فلا يقاس عليه . ويرى البعض جواز شهادة النساء فى الجرائم قياساً على جواز شهادتين فى المسائل المدنية ، ويجمعون على الحفر للمرجوم وهو مذهب على ، ويشترط أبو حنيفة وأصحابه وجود رائحة الخمر مع شهادة الشهود فى إثبات جريمة الشرب وهو مذهب عبد الله بن مسعود .

المبحث الثالث

تفسير الأحكام الجنائية أي النصوص الجنائية

١٣٩ — سلطة القاضى فى تفسير النصوص : للقاضى وهو يطبق النصوص أن يفسرها إذا وجد غموضاً أو خفاء فى دلالتها ، أو تضارباً بين عباراتها . وقد وضع الفقهاء قواعد للتفسير تطبق وتراعى فى فهم الأحكام من النصوص ، و بعض هذه القواعد لغوية و بعضها تشريعية .

الفرع الأول

فى القواعد اللغوية الموضوعة للتفسير

١٤٠ ــ كيف استنبطت هذه القواعد ؟ : استنبط علماء الأصول هذه القواعد من استقراء الألفاظ والعبارات والأساليب العربية ، ودلالة كل ذلك على معناه المعروف لغويا ، فقد بحث العلماء دلالات الألفاظ والعبارات وما فيها من وضوح أو غموض ؛ لأن بعضها يكون واضحاً و بعضها يكون غامضاً ، ثم بحثوا اللفظ من حيث اشتراكه فى أكثر من معنى ، ومن حيث عمومه وشموله لكل أفراده ، ومن حيث خصوصه وانطباقه على بعض الأفراد دون البعض فقواعد التفسير اللغوية يقتضى العلم بها أن ندرس (أولا) دلالات العبارات والألفاظ أو مفهوماتها (ثانياً) وضوح الدلالات وغموضها (ثالثاً) اشتراك الألفاظ وعمومها وخصوصها . وقد وضعت قواعد التفسير أصلا لتطبق فى فهم معانى النصوص الشرعية ، ولكنها فى الواقع تطبق أيضاً فى معانى أى نص غير شرعى ما دام مصوغا فى لغة عربية .

١٤١ ــ أولا : ــ دلالات العبارات والألفاظ أو مفهوماتها : ــ من المسلم به أن لكل لفظ دلالته ، ولكل عبارة دلالتها ، ويترتب على ذلك أن النص الشرعى وهو مكون من ألفاظ وعبارات قد تكون له دلالة واحدة ، وقد يكون له أكثر من دلالة ، و يستدل بالنص عادة على دلالاته أى مفهوماته وهذه المفهومات لا تخرج عن خمسة : ــ

الأول ــ مفهوم العبارة : ــ وهو المعنى الذى يتبادر إلى الذهن من صيغة النص ، وهو الذى قصده الشارع من وضع النص ؛ لأن المشرع حين يضع النص يختار له من الألفاظ والعبارات ما يدل دلالة واضحة على غرضه ، ثم

يصوغه بعد ذلك بحيث يتبادر المعنى المقصود من النص إلى ذهن المطلع بمجرد الاطلاع عليه .

الثانى ـ مفهوم الإشارة : هو معنى لم يوضع النص من أجله ، ولا يتبادر إلى الذهن من الاطلاع على صيغة النص ، ولكنه مع ذلك يكون لازماً لعبارة النص أو لبعض ألفاظه ، فمفهوم الإشارة هو معنى لازم للنص غير مقصود من سياقه ، مثل قوله تعالى: ﴿للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم يبتغون فضلا من الله ورضوانا﴾ فمفهوم العبارة الذى وضع النص من أجله هو أن الفقراء المهاجرين لهم نصيب من الفىء ، ومفهوم الإشارة أن أموال هؤلاء المهاجرين التى تركوها قد خرجت عن ملكهم ؛ لأن وصفهم بأنهم فقراء يستلزم أن لا تكون أموالهم على ملكهم .

الثالث ـ مفهوم الدلالة : هو المعنى الذى يفهم من روح النص ومعقوله فإذا دلت عبارة النص على حكم فى واقعة ما لعلة استوجبت هذا الحكم ، فكل واقعة أخرى من جنسها تدخل تحت مفهوم النص إذا توفرت فيها علة الحكم ، وكانت مساوية للواقعة التى جاء بها النص أو أولى منها بالحكم ، على أن تكون المساواة أو الأولوية متبادرة إلى الفهم دون حاجة لقياس أو اجتهاد ، ومثل ذلك قوله تعالى : ﴿ فلا تقل لهما أفٍّ ولا تنهرهما ﴾ فقد نهى الله عن التأفف من الوالدين ونهرهما وحرم ذلك ، وهذا هو المفهوم من عبارة النص ، ولكن الذى يفهم من دلالته أن كل ما ساوى التأفف أو كان أشد منه محرم أيضاً ، لتوفر علة التحريم فيما يساوى التأفف ، ولأن ما زاد عليه أولى بالتحريم . أما ما يقل عن التأفف والنهر فلا يدخل تحت النص .

ويسمى الاستدلال على هذا النوع بالقياس الجلى لظهور تفهم المساواة أو الأولوية بين المنطوق والمفهوم الموافق له ، كما يسمى مفهوم الدلالة بمفهوم الموافقة ؛ لأن [illegible] موافق للنص فى علة الحكم وموافقته تفهم بمجرد فهم عبارة النص ، ويسمى أيضاً فحوى الخطاب أى مرماه وما يعقل منه .

الرابع ـ مفهوم الاقتضاء : هو المعنى الذى يقتضيه النص بحيث لا تصح صيغة النص ولا تستقيم دون تقدير هذا المعنى ، مثل قوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم ﴾ فهذه الصيغة قد يفهم منها معانى كثيرة ولكن لا يمكن أن تصح وتستقيم إلا إذا فهمت على أن التحريم مقصود منه الزواج ، وهذا هو مفهوم الاقتضاء ومثل قوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم الميتة ﴾ فمفهوم الاقتضاء فيها هو تحريم الأكل.

الخامس ـ مفهوم المخالفة : هو المعنى المخالف لمفهوم العبارة ، أو هو المعنى الذى انتفت عنه قيود النص . وقد اختلف الأصوليون فى مفهوم المخالفة فرأى فريق منهم أن لكل نص دلالتين : دلالة على حكم معين فى منطوقه ، ودلالة على نقيض هذا الحكم فيما يخالفه ، أى فى مفهومه المخالف ، فقوله تعالى : ﴿ أو دماً مسفوحاً ﴾ يدل على تحريم الدم المسفوح بمنطوق النص ، ويدل على إباحة الدم غير المسفوح بمفهوم النص المخالف ، فكلما دل النص بمنطوقه على حكم معين فإنه يدل على نقيض هذا الحكم بمفهومه المخالف . فمفهوم المخالفة ليس مسكوتاً عنه عند هؤلاء .

والفريق الثانى يرى أن مفهوم المخالفة مسكوت عنه ، وأن النص يوضع للحكم المنطوق به ، ولا يوضع لمفهومه المخالف ، فطبقاً لهذا الرأى لا دلالة للنص إلا على حكمه المعين فى منطوقه ، وأما مفهومه المخالف فلا دلالة للنص على حكم فيه وهذا هو الرأى الراجح .

١٤٢ — تعارض المفهومات : إذا تعارضت المفهومات يرجح مفهوم العبارة على مفهوم الإشارة ؛ لأن مفهوم العبارة هو المعنى الذى وضع النص من أجله ، وأما مفهوم الإشارة فهو معنى لازم لبعض ألفاظ النص ولكن الشارع لم يقصده لذاته .

وإذا تعارض مفهوم العبارة أو مفهوم الإشارة مع مفهوم الدلالة رجح مفهوم العبارة أو مفهوم الإشارة ؛ لأن كلا منهما مفهوم الصيغة أو الألفاظ التى

اختارها الشارع أما مفهوم الدلالة فهو ما يفهم من روح النص ومنطقه ، وليس يصح أن نبطل معنى العبارات والألفاظ التى اختارها الشارع للمعنى الذى نفهمه نحن من روح النص .

أما مفهوم الاقتضاء فهو مقدم على غيره ؛ لأنه المعنى الذى لا تصح صيغة النص ولا تستقيم إلا به .

أما مفهوم المخالفة فقد رأينا أنه على الرأى الراجح مسكوت عنه ولاعمل له .

١٤٣ ـ ثانيا ـ وضوح الدلالات وغموضها : تنقسم الألفاظ والعبارات والنصوص من حيث ظهور معناها إلى نوعين : نوع واضح الدلالة على معناه وليس فى دلالته غموض ولا إبهام ، ونوع غامض الدلالة وفيه غموض وخفاء .

والواضح الدلالة ليس على درجة واحدة فى وضوح دلالته ، بل بعضه أوضح دلالة من بعض ، كما أن الغامض الدلالة بعضه أخفى دلالة من بعض .

١٤٤ ـ أقسام الواضح الدلالة : ينقسم الواضح الدلالة إلى أربعة أقسام : (١) الظاهر . (٢) النص . (٣) المفسر . (٤) المحكم .

١٤٥ ـ الظاهر : الظاهر هو ما دلت صيغته على معناه دلالة واضحة ، بحيث لا يتوقف فهم معناه على قرينة خارجية ، ولم يكن معناه هو المقصود أصلا من السياق أى من وضع الصيغة ، مثل قوله تعالى : ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ فإحلال البيع ، وتحريم الربا يفهم من لفظى أحل وحرم دون حاجة إلى قرينة خارجية ، وهذا المعنى لم يقصد من سياق الآية ؛ لأنها سيقت أصلا لنفى المماثلة بين البيع والربا ، رداً على من قالوا بأن البيع مثل الربا ﴿ ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا ، وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ .

حكم الظاهر : يجب العمل بما ظهر منه مالم يقم دليل يقتضى العدول عن

ظاهره ، إذ الأصل عدم صرف اللفظ عن ظاهره إلا بدليل يقتضى صرفه عن ظاهره ، أو إرادة معنى آخر منه .

وإذا كان الظاهر عاما احتمل التخصيص ، وإذا كان مطلقاً احتمل التقييد . وإن كان حقيقة احتمل أن يراد به معنى مجازى ، إلى غير ذلك من وجوه التأويل ولا يكون التأويل صحيحاً إلا إذا بنى على دليل شرعى : من نص ، أو قياس ، أو روح التشريع ومبادئه العامة ، فإذا لم يبن على دليل شرعى كان تأولا باطلا .

١٤٦ ـ النص : ـ هو مادلت صيغته دلالة واضحة على معناه المقصود أصالة من السياق ، فمتى كان المعنى ظاهراً بوضوح من اللفظ ـ وهو المقصود أصالة من السياق ـ كان اللفظ نصا عليه ، فقوله تعالى : ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ نص على نفى المماثلة بين البيع والربا ؛ لأنه معنى ظاهر من اللفظ ومقصود أصالة من سياقه .

حكم النص : حكمه هو حكم الظاهر ، ويحتمل مثله التأويل .

١٤٧ ـ المفسر : ـ هو ما دلت صيغته دلالة واضحة على معنى مفصل ينتفى معه احتمال التأويل ، مثل قوله تعالى فى قاذفى المحصنات : ﴿ فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾ ويعتبر النص مفسراً ولو ورد مجملا غير مفصل إذا ألحق به الشارع مايفصله ويزيل إجماله ، كقوله تعالى : ﴿ ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق ﴾ فهو نص مجمل ، ولكن الرسول فصل معناه حين قال : « لايحل قتل امرىء مسلم إلا لإحدى ثلاث : زنا بعد إحصان، وكفر بعد إيمان ، وقتل نفس بغير نفس» .

حكم المفسر : يجب العمل به كما فصل ، ولا يحتمل أو يؤول أو يصرف عن ظاهره ، والتفسير الذى ينفى احتمال التأويل هو التفسير المستفاد من الصيغة ، أو المستفاد من بيان تفسيرى مصدره المشرع ، أما تفسير الفقهاء والمجتهدين فلا يعتبر من التشريع ولا ينتفى معه احتمال التأويل .

١٤٨ ـ المحكم : هو ما دلت صيغته دلالة واضحة على معنى لا يقبل إبطالا ولا تبديلا ، ولا يبقى معها احتمال للتأويل . والمحكم لا يقبل الإبطال ولا التبديل؛ لأن الحكم المستفاد منه حكم أساسى من قواعد الدين كعبادة الله وحده، والإيمان بكتبه ورسله ، أو لأنه من أمهات الفضائل التى لا تختلف باختلاف الأحوال ، كبر الوالدين والعدل ، أو لأنه حكم فرعى جزئى أيده الشارع ، كقوله تعالى فى قاذفى المحصنات : ﴿ ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً ﴾ والمحكم لا يقبل التأويل ؛ لأنه مفصل ومفسر تفسيراً لا مجال معه للتأويل .

حكم المحكم : يجب العمل به قطعا ولا يحتمل صرفه عن ظاهره .

١٤٩ ـ حكم التعارض : ـ إذا تعارض ظاهر ونص ، رجح النص ؛ لأن الشارع قصده أصالة وإذا تعارض نص ومفسر رجح المفسر ؛ لأنه أوضح دلالة على المراد منه إذ لا يحتمل التأويل ، وإذا تعارض محكم ومفسر ، رجح المحكم لأنه أقوى دلالة من المفسر .

١٥٠ ـ أقسام الغامض الدلالة : ينقسم الغامض الدلالة إلى أربعة أقسام :
(١) الخفى . (٢) المشكل . (٣) المجمل . (٤) المتشابه .

١٥١ ـ الخفى : ـ الخفى فى الاصطلاح هو اللفظ الدال على معناه دلالة ظاهرة ، ولكن فى انطباق معناه على بعض الأفراد غموض وخفاء يحتاج إلى نظر وتأمل ، ومنشأ هذا الغموض أن الفرد فيه صفة زائدة على سائر الأفراد ، أو ينقص صفة عنها ، أو أن له اسم خاص دونها ، فهذه الزيادة أو هذا النقص أو هذه التسمية الخاصة تجعله موضع اشتباه ، فيكون اللفظ خفياً بالنسبة لهذا الفرد ، مثال ذلك لفظ السارق ، فإنه ينطبق على كل من أخذ مال الغير خفية من حرز مثله ؛ لأن السرقة هى أخذ مال الغير خفية من حرز مثله ، ولكن فى انطباق لفظ السارق على الطرار ـ أى النشال ـ نوع من الغموض والخفاء ؛ لأن النشال يأخذ المال

من حاضر يقظان معتمداً على خفة يده ومسارقة الأعين ، فهو يغاير السارق بوصف زائد فيه ، هو جرأة المسارقة ، ومن ثم فقد سمى باسم خاص ، ومثال ذلك النباش أى سارق الأكفان فإنه يختلف عن السارق فى أنه يأخذ ما ليس على ملك أحد على رأى ، أو يأخذ من غير حرز على رأى آخر . فلفظ السارق يعتبر خفياً بالنسبة للطرار والنباش ، والوسيلة لإزالة هذا الخفاء هى البحث والاجتهاد ، فإن رأى القاضى أن اللفظ يتناولهما ولو بمفهوم الدلالة جعلهما من مدلولات اللفظ ، وطبق عليهما حكم السرقة ، وإن رأى أن اللفظ لا يتناولهما بأى طريق من طرق الدلالة لم يطبق عليهما حكم السرقة . والذى حدث فى هاتين الحالتين بالذات أن المجتهدين أجمعوا على اعتبار الطرار سارقاً ولكنهم اختلفوا فى اعتبار النباش كذلك.

١٥٢ - المشكل : - هو اللفظ الذى لا يدل بصيغته على المراد منه ، ولكن يمكن تعيين المراد منه بقرينة خارجية ، ومثاله اللفظ المشترك فإنه موضوع لأكثر من معنى واحد ، وليس فى صيغته ما يدل على المعنى الذى يقصده الشارع منه ، ولكن القرينة الخارجية تعين المعنى الذى يقصده الشارع ، كلفظ القرء فى قوله تعالى : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ فإنه موضوع للطهر والحيض ، وليس فى صيغته ما يدل على المعنى الذى قصده الشارع .

وقد ينشأ الإشكال من مقابلة النصوص بعضها ببعض ، بأن يكون كل نص على حدته ظاهر الدلالة على معناه ولا إشكال فيه ، ولكن الإشكال فى التوفيق والجمع بين هذه النصوص .

والطريق لإزالة إشكال المشكل هو الاجتهاد ، فعلى القاضى إذا ورد فى النص لفظ مشترك أن يتوصل بالقرائن والأدلة الشرعية إلى إزالة إشكال اللفظ وتعيين المراد منه ، وإذا وردت نصوص ظاهرها التخالف والتناقض فعليه أن يؤولها تأويلا صحيحا يوفق بينها ويزيل ما فى ظاهرها من اختلاف ، على أن

يعتمد فى تأويله على نصوص أخرى ، أو على مبادىء الشريعة العامة وحكمة التشريع فيها .

١٥٣ – المجمل : هو اللفظ الذى لايدل بصيغته على المراد منه ، ولا توجد معه قرائن لفظية أو حالية تبين هذا المراد ، من ذلك الألفاظ التى نقلها الشارع عن معانيها اللغوية ووضعها لمعان اصطلاحية شرعية خاصة ، كألفاظ الصلاة والزكاة والصيام وغيرها من كل لفظ أراد به الشارع معنى شرعياً خاصاً لامعناه اللغوى ، فإذا ورد لفظ من هذه الألفاظ فى نص شرعى كان مجملا حتى يفسره الشارع ، ولذلك جاءت السنة العملية والقولية بتفسير الصلاة وبيان أركانها وشروطها وكيفيتها ، كما جاءت بتفسير الزكاة والصيام وغيرهما مما جاء مجملا فى نصوص القرآن .

ومن المجمل اللفظ الغريب الذى فسره القرآن ، كلفظ القارعة فى قوله تعالى : ﴿ القارعة ما القارعة ؟ وما أدراك ما القارعة ؟ يوم يكون الناس كالفراش المبثوث وتكون الجبال كالعهن المنفوش ﴾ .

وكل لفظ أراد به الشارع معنى خاصا وليس فى صيغة اللفظ ولا فى القرائن الخارجية ما يبينه فهو لفظ مجمل ، والطريق إلى بيانه وإزالة إجماله هو الشارع نفسه ، فإن لم يبينه فلا بيان له .

وإذا صدر من الشارع بيان لمجمل ولكنه غير واف بتفصيل كل ما أريد منه ، فإن اللفظ المجمل ينتقل بهذا البيان غير الوافى من باب المجمل إلى باب المشكل ، ويكون على القاضى أن يزيل الإشكال باجتهاده دون حاجة إلى بيان أو تفسير جديد من الشارع .

١٥٤ – المتشابه : هو اللفظ الذى لا تدل صيغته على المراد منه ، ولاتوجد قرائن خارجية تبينه ، واستأثر الشارع بعلمه فلم يفسره .

وليس فى النصوص التشريعية شىء من المتشابه ، فلا يوجد فى آيات الأحكام أو أحاديث الأحكام لفظ متشابه لا يعلم المراد منه ، وإنما يوجد المتشابه فى مواضع أخرى ، ومن أمثلته الحروف المقطعة التى بدأت بها بعض سور القرآن .

١٥٥ ـ ثالثاً ـ اشتراك الألفاظ وعمومها وخصوصها :

ينقسم اللفظ من حيث المعنى الذى وضع له إلى : مشترك ، وعام وخاص : ـ

١٥٦ ـ اللفظ المشترك : هو لفظ وضع لمعنيين أو أكثر بأوضاع متعددة فهو يدل على ما وضع له على سبيل البدل ، أى يدل على هذا المعنى أو ذاك كلفظ القرء يدل على الحيض والطهر ، ولفظ اليد فى قوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ فإنه يعنى اليمنى واليسرى ، ويعنى من رءوس الأصابع إلى الرسغين وإلى المرفق وإلى المنكب .

والاشتراك قد يكون بين معنى لغوى ومعنى اصطلاحى شرعى ، وقد يكون بين أكثر من معنى واحد من المعانى اللغوية .

فإذا كان الاشتراك بين معنى لغوى ومعنى اصطلاحى شرعى وجب حمل اللفظ على المعنى الاصطلاحى الشرعى دون غيره ، فلفظ الطلاق موضوع لغة لحل أى قيد وموضوع شرعا لحل قيد النكاح ، فإذا أريد معرفة المعنى المقصود من هذا اللفظ المشترك فى قوله تعالى : ﴿ الطلاق مرتان ﴾ وجب أن نعرف أن المقصود هو المعنى الاصطلاحى .

وإذا كان اللفظ المشترك مشتركا بين معنيين أو أكثر من المعانى اللغوية وجب حمله على معنى واحد منها بدليل يعينه ، لأن الشارع لا يقصد عقلا من اللفظ إلا أحد معانيه ، وللقاضى أن يستدل بالقرائن والأمارات التى تعين المعنى المراد ، ومثال اللفظ المشترك بين معنيين لغويين الواو فى قوله تعالى : ﴿ ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وإنه لفسق ﴾ فالواو لفظ مشترك يستعمل لغة للعطف كما

يستعمل للحال ، فإن أريد به الحال كان النهى وارداً على مالم يذكر اسم الله عليه ، والحال أنه فسق أى ذكر عليه حين ذبحه اسم غير الله ، وإن أريد به العطف كان النهى وارداً على مالم يذكر اسم الله عليه مطلقا ، سواء ذكر عليه حين الذبح اسم غير الله أم لم يذكر .

ومهما تعددت معانى اللفظ المشترك فإن الشارع لا يقصد إلا أحدها دون غيره ؛ لأن المعانى المتعددة توضع على سبيل البدل أى على أن يحل معنى بدلاً من آخر ، ولأن بعض المعانى متضاربة فلو جمع بينها لكان المقصود المعنى وضده فى وقت واحد .

١٥٧ ـ اللفظ العام : هو لفظ وضع لمعنى واحد يتحقق فى أفراد كثيرين غير محصورين ، ويدل بوضعه اللغوى على شمول هذه الأفراد واستغراقها جميعا ، مثل لفظ الوصية فى قوله صلى الله عليه وسلم : « لا وصية لوارث » فهو يدل بوضعه اللغوى على شمول كل وصية ؛ لأنه نكرة فى سياق النفى وهى تدل على العموم .

والفرق بين اللفظ المشترك واللفظ العام ، أن المشترك وضع لمعان متعددة ، أما العام فموضوع لمعنى واحد يتحقق فى أفراد كثيرين .

والألفاظ التى تفيد العموم تنحصر بالاستقراء فى سبعة أنواع :

١ — لفظ كل ولفظ جميع ، فكل منها يفيد شمول أفراد ما يضاف إليه ، مثل قوله تعالى : ﴿ كل امرئ بما كسب رهين ﴾ .

٢ — المفرد المعرف بأل الجنسية مثل قوله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ وقوله ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾: فالمراد جنس السارق وجنس البيع وجنس الربا والجنس يتحقق فى كل فرد ، فينطبق النص على كل سارق وكل بيع وكل ربا .

٣ — الجمع المعرف بأل الجنسية أو المعرف بالإضافة ، ومثل الأول

قوله تعالى : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ ومثل الثانى قوله تعالى: ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم ﴾ .

٤ — النكرة فى سياق النفى مثل قول الرسول عليه الصلاة والسلام : «لا يقاد والد بولده » وقوله : « لا وصية لوارث » .

٥ — الاسم الموصول مثل قوله تعالى : ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾ .

٦ — اسم الشرط مثل قوله تعالى : ﴿ ومن يقتل مؤمنا متعمداً ﴾ وقوله : ﴿ ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه ﴾ .

٧ — اسم الاستفهام مثل قوله تعالى : ﴿ من ذا الذى يقرض الله قرضا حسنا فيضاعفه له ﴾ .

فكل لفظ من أى نوع من هذه الأنواع يفيد بوضعه اللغوى العموم والشمول .

١٥٨ - دلالة العام قطعية : وإذا ورد فى نص شرعى لفظ عام ولم يقم دليل على تخصيصه وجب حمله على عمومه ، لأنه موضوع لغة لهذا العموم ، ولم يقم دليل يصرفه عما وضع له ، وكان ثبوت الحكم الوارد بالنص لجميع أفراد هذا العام قطعيا لا ظنيا ؛ لأن اللفظ عند الإطلاق يلازمه معناه قطعاً ، وهذا هو معنى القاعدة الأصولية « العام الذى لم يخصص يتناول جميع أفراده قطعا » .

وإذا قام دليل على تخصيص العام وجب حمله على ما بقى من أفراده بعد التخصيص وكان الحكم الوارد بالنص لهذه الأفراد الباقية بعد التخصيص ظنيا لا قطعيا ؛ لأن النص الذى خصص العام أولا لا بد أن يكون معللا ، وهذه العلة قد تتحقق فى فرد آخر مما بقى بعد التخصيص ، فكأن التخصيص الأول قد جعل كل فرد من أفراد العام الباقية محتملا للتخصيص ، ولهذا الاحتمال لا تكون الدلالة قطعية . ومن الأمثلة على ذلك قوله تعالى : ﴿ وأحل لكم ما وراء ذلكم ﴾

فهذا نص عام ولكن الرسول صلى الله عليه وسلم خصصه بقوله : « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » ففتح هذا التخصيص للمجتهدين باب تخصيص آخر فقاسوا المصاهرة على النسب ، وحرموا من الرضاع ما يحرم بالمصاهرة ، كما حرم النص من الرضاع ما يحرم من النسب .

١٥٩ ـ ما يترتب على قطعية دلالة العام : ويترتب على القول بقطعية دلالة العام الذى لم يخصص نتيجتان هامتان .

النتيجة الأولى : أن العام فى نصوص القرآن والسنة المتواترة لا يخصصه ابتداء قياس ولا سنة غير متواترة ؛ لأن كليهما ظنى الدلالة ، والظنى لا يخصص القطعى . أما إذا خصص العام بقطعى فيصبح بعد ذلك أن يخصصه قياس أو سنة غير متواترة ؛ لأن العام بالتخصيص الأول صار ظنى الدلالة ، ومن ثم يصح تخصيصه بظنى مثله .

النتيجة الثانية : أن العام الذى لم يخصص إذا دل على حكم ودل نص خاص على خلافه فإنهما يتعارضان ؛ لتساويهما فى أن كلا منهما قطعى الدلالة ، فإذا خصص العام فإنه لا يعارض النص الخاص ، لأنه يصير ظنى الدلالة فلا يعارض النص الخاص وهو قطعى الدلالة ، ويكون الترجيح للقطعى .

على أن البعض يرى أن العام ظنى الدلالة فى كل الأحوال ، لأن استقراء نصوص الشريعة دل على أنه لم يبق فيها عام على عمومه حتى اشتهرت هذه القاعدة « ما من عام إلا وخصص » .

ويترتب على هذا الرأى أن العام من نصوص القرآن والسنة يخصص ابتداء بالقياس ، وبالسنة غير المتواترة ، وأنه إذا دل نص عام على حكم ودل نص خاص على خلافه لايتعارضان ، بل يرجح الخاص لأنه قطعى الدلالة ، أما العام فظنى الدلالة ، والقاعدة أن القطعى والظنى لايتعارضان لعدم تساويهما ، وأن التعارض لايكون إلا بين متساويين .

١٦٠ ـ **تخصيص العام** : يقصد من تخصيص العام صرفه عن عمومه وقصره على بعض مايتناوله من الأفراد بحيث لايدخل تحت حكم النص إلامابقى من أفراده بعد التخصيص ، ولا يكون التخصيص إلا بدليل وهذا الدليل على نوعين : دليل غير مستقل ودليل مستقل .

١٦١ ـ **الدليل غير المستقل** : هو ماكان جزءاً من عبارة النص العام ، مثل الاستثناء الوارد فى قوله تعالى :﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ، ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً ، وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا ﴾ .

١٦٢ ـ **الدليل المستقل** : هو مالم يكن جزءاً من عبارة النص العام ، وهو على ثلاثة أنواع :

النوع الأول : المبادىء العامة للشريعة : فإنها تخصص العام من الأحكام الشرعية ، كما فى النصوص التى جاءت بتكاليف دون تخصيص ، فإن هذه النصوص لا تنطبق إلا على من هم أهل للتكليف ، أما فاقدوا الأهلية كالمجانين والأطفال فلا تنطبق عليهم هذه النصوص طبقا لمبادىء الشريعة العامة ، فكأن هذه المبادئ العامة خصصت نصوصاً عامة من نصوص الشريعة .

النوع الثانى : العرف : وقد يخصص العرف النصوص العامة فيحمل العام على ما يقتضى العرف بحمله عليه ، مثل قوله عليه الصلاة والسلام :« لاقطع إلا فى ربع دينار » . فقيمة الدينار تخضع للتقدير المتعارف عليه بين الناس .

النوع الثالث : النص الشرعى : فقد يخصص النص العام بنص آخر ، ولكن يشترط أن يكون المخصص فى مرتبة العام المخصص من حيث قطعيته أو ظنيته أو أن يكون أعلا منه ، و ينبنى على ذلك أن نصوص القرآن يخصص بعضها بعضاً وأن نصوص السنة يخصص بعضها بعضا ، إذا كانت كلها متواترة ، أو كلها من أخبار الآحاد .

ويخصص القرآن بالسنة إذا كانت متواترة ، ولا يخصص بحديث غير متواتر أو مشهور ، ولا يخصص حديث متواتر أو مشهور بحديث من أخبار الآحاد ؛ لأن القرآن قطعى ، وفى حكمه الحديث المتواتر أو المشهور ، أما خبر الآحاد فظنى.

١٦٣ ـ **المقصود من التخصيص** : يقصد من التخصيص إما بيان المراد من النص العام ، وإما نسخ الحكم وإبطاله بالنسبة لبعض الأفراد دون البعض الآخر ، والقاعدة أنه لا يبين النص إلا ما كان فى درجته أو أعلى منه ، ولا ينسخه إلا ما كان كذلك .

١٦٤ ـ **اللفظ الخاص** : هو لفظ وضع للدلالة على فرد واحد بالشخص مثل محمد ، أو واحد بالنوع مثل رجل ، أو على أفراد متعددة محصورة مثل ثلاثة وعشرة ومائة وقوم ورهط وجمع وفريق وغير ذلك من الألفاظ ، التى تدل على عدد من الأفراد ، ولا تدل على استغراق جميع الأفراد .

١٦٥ ـ **حكم اللفظ الخاص** : إذا ورد اللفظ الخاص فى نص شرعى فإنه يدل دلالة قطعية لا ظنية على معناه الخاص الذى وضع له ، مثل قوله تعالى : ﴿ فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾ وقوله ﴿ فكفارته إطعام عشرة مساكين ﴾ فلفظ الثمانين والعشرة يدل دلالة قطعية على معناه ، ولا تحتمل الثمانون أو العشرة نقصا أو زيادة .

لكن إذا قام دليل يقتضى تأويل اللفظ الخاص وإرادة معنى آخر منه وجب حمله على مقتضى هذا الدليل ، كما تأولوا لفظ الشاة فى قوله صلى الله عليه وسلم : « فى كل أربعين شاة شاة » فظاهر الحديث أنه لا يجزئ فى زكاة الأربعين شاة إلا واحدة منها ، ولا تجزئ قيمتها ، ولكن حكمة التشريع والأصول العامة فى التضمين تقتضى تأويل هذا اللفظ وصرفه عن ظاهره ؛ لأن الغرض من الزكاة دفع حاجة الفقراء ، وهى تندفع بقيمة الشاة كما تندفع بالشاة ، ومن ثم أول اللفظ على أن المقصود بالشاة شاة أو ما يعادل قيمتها ، وعلى هذا الوجه تأولوا

إطعام المساكين العشرة ، فرأوا أنه يجوز إطعام واحد عشر مرات ، كما يجوز إطعام العشرة مرة واحدة .

١٦٦ ـ **حالات اللفظ الخاص** : للفظ الخاص حالات متعددة فقد يرد مطلقا ، وقد يرد مقيدا ، وقد يأتى فى صيغة الطلب أى الأمر ، وقد يأتى فى صيغة النهى .

١٦٧ ـ **المطلق والمقيد** : المطلق هو مادل على فرد شائع غير مقيد لفظا بأى قيد ، مثل مصرى . والمقيد هو مادل على فرد مقيد لفظا بقيد ما ، مثل مصرى مسلم .

وحكم المطلق أنه يؤخذ على إطلاقه إلا إذا قام دليل على تقييده ، فإن هذا الدليل المقيد يصرفه عن الإطلاق و يعين المراد منه ، كقوله تعالى ﴿ كتب عليكم القصاص فى القتلى ﴾ فإنه يفيد إطلاق القصاص فى كل قتل متعمد ، ولكنه قيد بقول الرسول صلى الله عليه وسلم : «لا يقاد والد بولده» فصار المراد من الآية القتل المتعمد الحاصل من غير والد .

وإذا ورد اللفظ مطلقا فى نص شرعى ومقيدا فى نص آخر ، فإن كان الحكم الوارد فيهما متحدا ، والسبب الذى بنى عليه الحكم متحدا ، حمل المطلق على المقيد ، وكان المراد من المطلق هو المقيد ؛ لأن الاختلاف بالإطلاق والتقييد لا يتصور مع اتحاد الحكم وسببه ، ومثل ذلك قوله تعالى فى سورة المائدة : ﴿ حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير ﴾ فلفظ الدم فى هذه الآية مطلق وقوله تعالى فى سورة الأنعام: ﴿ قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير ﴾ فلفظ الدم فى هذه الآية مقيد ، والحكم فى الآيتين متحد وهو التحريم ، والسبب متحد وهو أكل الدم .

أما إذا اختلف النصان فى الحكم أو السبب فلا يحمل المطلق على المقيد ، بل يعمل بكل نص فى الحالة التى وضع لها ؛ لأن اختلاف الحكم أو السبب هو

علة الإطلاق والتقييد ، مثل قوله تعالى : ﴿ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ﴾ وقوله : ﴿ والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ﴾ فالحكم واحد وهو تحرير الرقبة والسبب مختلف ؛ لأنه فى الأولى القتل ، وفى الثانية المظاهرة ، فاختلاف السبب ترتب عليه تقييد الرقبة بالإيمان أى بأن يكون صاحبها مؤمنا تشديدا للعقوبة ، ولم تقيد الرقبة بشىء فى حالة المظاهرة ؛ لأن الفعل لا يقتضى التشديد فيكتفى فيها بعتق أية رقبة .

١٦٨ - *صيغة الأمر* : إذا ورد اللفظ الخاص فى صيغة الأمر أو فى صيغة الخبر التى تعنى الأمر فإن اللفظ يفيد الإيجاب أى الإلزام بفعل المأمور به أو المخبر عنه ، كقوله تعالى : ﴿ فاقطعوا أيديهما ﴾ وقوله : ﴿ والمطلقات يتربصن ﴾ فالأول يوجب قطع يد السارق ، والثانى يوجب تربص المطلقة ثلاثة قروء .

ولكن إذا وجدت قرينة تصرف صيغة الأمر عن الإيجاب أخذ بما تدل عليه هذه القرينة ، كقوله تعالى : ﴿ كلوا واشربوا ﴾ فإنه للإباحة وقوله : ﴿ إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ﴾ فإنه للندب ، وكالتهديد فى قوله : ﴿ اعملوا ماشئتم ﴾ وكالتعجيز فى قوله : ﴿ فأتوا بسورة من مثله ﴾ وغير ذلك مما تدل عليه صيغة الأمر بالقرائن ، فإذا لم توجد قرينة فالأمر للإيجاب .

١٦٨ م - *صيغة النهى* : إذا ورد اللفظ الخاص بصيغة النهى أو صيغة الخبر التى فى معنى النهى ، أفاد التحريم أى طلب الكف عن فعل المنهى عنه على وجه الإلزام ، كقوله تعالى : ﴿ ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق ﴾ وقوله : ﴿ ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر ﴾ .

وإذا وجدت قرينة تصرف صيغة النهى عن معناها إلى معنى آخر أخذ بالمعنى الذى دلت عليه القرينة ، مثل قوله تعالى : ﴿ رَبَّنا لا تُزِغْ قُلُوبَنا ﴾ فهو للدعاء وقوله ﴿ لا تسألوا عن أشياء إن تُبْدَ لكم تَسُؤْكم ﴾ فهو للكراهة .

الفرع الثانى

فى القواعد التشريعية التى تراعى عند التفسير

١٦٩ - ماهية القواعد التشريعية : وضع علماء الأصول بعض القواعد التشريعية التى يجب الإلمام بها ومراعاتها على كل من يتعرض لتفسير النصوص التشريعية وقد استمدوا هـذه القواعد من استقراء الأحـكام التى جاءت بها النصوص وعلل هذه الأحكام ، ومن المبادئ العامة للشريعة وروح التشريع، حيث تبين لهم أن الشارع أراد من الشريعة أن يحقق مقاصد عامة ، وأن بعض النصوص شرعت لحماية حقوق الجماعة ، والبعض شرع لحماية حقوق الأفراد ، والبعض شرع لحماية حقوق الجماعة وحقوق الأفراد معا ، فإذا راعى القاضى أو الفقيه هذه الاعتبارات كان له أن يجتهد فى معرفة الأحكام مالم يكن هناك نص صريح .

١٧٠ - مقاصد الشارع العامة من التشريع الإسلامى : لم يضع الشارع الأحكام الشرعية اعتباطا ، وإنما قصد بها تحقيق مقاصد عامة ، ولا يمـكن أن تفهم النصوص على حقيقتها إلا إذا عرف مقصد الشارع من وضعها ، لأن دلالة الألفاظ والعبارات على المعانى قد تحتمل أكثر من وجه ، والذى يرجح واحدا من هذه الوجوه على غيره هو الوقوف على قصد الشارع . وقد تتعارض النصوص بعضها من بعض فلا يرفع هذا التعارض ولا يوفق بينها إلا معرفة ما قصده الشارع منها ، فيجب إذن على كل باحث فى التشريع الإسلامى أن يلم قبل كل شىء بمقاصد الشارع من التشريع ، وأن يعرف الوقائع التى نزلت من أجلها نصوص القرآن ، أو وردت فيها السنة لتساعده على فهم النص . وأسباب النزول والورود مبينة فى كتب التفسير والسنة ، وقد حصر علماء الأصول مقاصد الشارع العامة من التشريع فى ثلاثة مقاصد : —

١٧١ - المقصد الأول : وهو حفظ كل ضرورى للناس فى حياتهم

والأمر الضرورى هو ما تقوم عليه حياة الناس ولا بد منه لاستقامة مصالحهم ، وإذا فقد اختل نظام حياتهم وعمت فيهم الفوضى وانتشر الفساد .

والأمور الضرورية ترجع إلى خمسة أشياء (١) الدين (٢) النفس (٣) العقل (٤) النسل (٥) المال . وقد شرع الإسلام لكل واحد من هذه الضروريات الخمس أحكاما تكفل إيجاده وإقامته ، وأحكاما تكفل حفظه وصيانته ، فكل حكم يكفل إقامة هذه الأمور الخمسة أو حفظها هو حكم ضرورى .

١٧٢ - المقصد الثانى : توفير ماهو حاجى للناس : والأمر الحاجى هو ما يحتاج إليه الناس للتيسير واحتمال مشاق التكاليف وأعباء الحياة ، وإذا فقد لا يختل نظام حياتهم ولا تعم الفوضى ولكن ينالهم الحرج والمشقة ، فالأمور الحاجية بهذا المعنى تشمل كل ما يرفع الحرج ، ويخفف مشاق التكليف ، وييسر طرق التعامل .

١٧٣ - المقصد الثالث : تحقيق ما فيه تحسين لحال الأفراد والجماعة . والأمر التحسينى هو ماتقتضيه المروءة والآداب وسير الأمور على أحسن منهاج ، وإذا فقد لا يختل نظام حياتهم كما إذا فقد الأمر الضرورى ، ولا ينالهم حرج كما إذا فقد الأمر الحاجى ، ولكن تكون حالهم مستنكرة فى تقدير العقول الراجحة والفطر السليمة .

والأمور التحسينية بهذا المعنى ترجع إلى مكارم الأخلاق ومحاسن العادات وكل ما يقصد به سير الناس فى حياتهم على أفضل الطرق وخير المناهج .

١٧٤- ترتيب المقاصد العامة من التشريع : الضروريات هى أهم المقاصد إذ يترتب على فقدها اختلال النظام والأمن وشيوع الفوضى ، وتليها فى الأهمية الحاجيات ؛ لأنه يترتب على فقدها وقوع الأفراد والجماعة فى الحرج والعسر وتحميلهم المشقات . وتليها التحسينية ، وفقدها لا يترتب عليه تقويض النظام . ولا اختلال الأمن ، ولا وقوع الناس فى الحرج ، وإنما يترتب على فقدها الخروج على ماتستحسنه

العقول ، والبعد عن الكمال الإنسانى . ومن ثم كانت الأحكام التى شرعت لحفظ الضروريات أحق الأحكام بالمراعاة ، ثم تليها التى شرعت لتوفير الحاجيات وهكذا

ومن المقرر أنه لا يراعى حكم تحسينى إذا كان فى مراعاته إخلال بحكم حاجى ، ولا يراعى حكم حاجى إذا كان فى مراعاته إخلال بحكم ضرورى ، ولذا أبيح كشف العورة إذا اقتضى هذا علاج أو جراحة : لأن ستر العورة أمر تحسينى ، والعلاج أمر ضرورى ، وأبيح تناول النجس للتداوى وفى حالة الضرورة ؛ لأن المنع من النجاسات تحسينى . والتداوى ودفع الضرورة أمر ضرورى .

وتجب الفرائض والواجبات على المكلفين ولو شق عليهم ذلك ، لأن الفرائض والواجبات من الضروريات ، ورفع المشقة والحرج أمر تحسينى ، فلا يراعى التحسينى إذا مس الضرورى .

والأحكام الضرورية لا يجوز الإخلال بها إلا إذا كانت مراعاتها تؤدى إلى الإخلال بضرورى أكثر أهمية ، فالجهاد واجب لحفظ الدين ؛ لأن حفظ الدين أهم من حفظ النفس ، وشرب الخمر يباح لمن أكره على شربها أو اضطر إليه ؛ لأن حفظ النفس أهم من حفظ العقل . وإذا كانت وقاية النفس من الهلاك فى إتلاف مال الغير ، كان للإنسان أن يقى نفسه من الهلاك ويتلف مال غيره ؛ لأن حفظ النفس أهم من حفظ المال .

١٧٥ ـ حقوق الجماعة وحقوق الأفراد : أفعال المكلفين سواء كانت جرائم أو لم تكن ، بعضها حق خالص لله ، أو حق الله فيه غالب . وبعضها حق خالص للمكلف ، أو حق المكلف غالب فيه .

وحين يعبر الفقهاء بما هو حق لله يقصدون ما هو حق للجماعة ، وما قصد به تحقيق مصلحتها وحفظ النظام العام فيها ، وقد جعلوه حقا لله ؛ لأنه لم يقصد به نفع فرد معين ، وليس للأفراد حكاماً أو محكومين حق إسقاطه أو العفو عنه أو إهمال إقامته .

ويعتبر من حقوق الله الخالصة أى من حقوق الجماعة العبادات ، كالصلاة والصيام والزكاة وغيرها ؛ لأن المقصود بها إقامة الدين ، والدين فى التشريع الإسلامى هو أساس نظام الجماعة العام ، فكل ما يمس نظام الجماعة العام من عبادات أو غيرها هو حق خالص لله .

ويعتبر من حقوق الله الخالصة ، أى : من حقوق الجماعة ، الضرائب والعقوبات على الجرائم الماسة بالجماعة ، كالزنا والسرقة والحرابة ، والعقوبات التعبدية كالكفارة وغير ذلك مما يمس حقوق الجماعة ويؤثر على أمنها ونظامها وتماسكها وقوتها .

وهناك أفعال تمس حقوق الأفراد ولكن حق الجماعة غالب عليها ، كحد القذف ؛ لأن الجريمة تمس الأعراض ، ففى العقوبة عليها مصلحة خاصة للمقذوف كما أن فى عدم التبليغ عنها مصلحة خاصة له أيضا ؛ لأن للقاذف أن يثبت صحة القذف ، وإثبات ذلك قد يؤدى إلى إقامة حد الزنا على المقذوف . ولما كانت الجريمة تمس الأعراض ، وتؤدى إلى التنابز والتعادى ، وتشويه السمعة ، وتلويث الأمهات والأولاد ، والتشكيك فى نظام الأسرة ، جعل الحد حقا لله ، وغلب حق الله على حق المقذوف بحيث إذا أثبتت الجريمة فليس للمقذوف أن يتنازل أو يعفو ، وإن كان له أن يبلغ عن الجريمة .

وهناك أفعال تمس حقوق الجماعة ولكن حق الفرد غالب فيها ، مثل القتل ، فإنه يمس أمن الجماعة ونظامها ، ويمس الأفراد مساسا مباشراً ، والعقوبة عليه وضعت لحفظ مصالح الجماعة والأفراد ، ولكن أعطى للفرد حق العفو عن عقوبة القصاص أو عقوبة الدية ، فغلب بذلك حق الفرد على حق الجماعة [1] .

والأفعال التى تمس حقوق الأفراد الخالصة هى التى تمس حقوقاً ترك للأفراد أن يستوفوها أو يتركوها ، كتحصيل الدين ، وحبس العين المرهونة ، والمطالبة بالتعويض المترتب على فعل الجانى .

---

(١) راجع الفقرتين ٣٨١ ، ٤٧١ .

ومع أن الفقهاء يقسمون الحقوق إلى حقوق لله وحقوق للأفراد إلا أن الكثيرين منهم يرون بحق ، أن كل ما يمس حق الجماعة الخالص أو حق الأفراد الخالص يعتبر حقا لله تعالى أى من حقوق الجماعة ونظامها ؛ لأن كل حكم شرعى إنما شرع ليمتثل ويتبع ، ومن حق الله على عباده أن يمتثلوا أوامره ، ويجتنبوا نواهيه ، ويعملوا بشريعته ، فكل حكم إذن فيه حق لله من هذه الوجهة ، وإذا قيل إن حكما مايرتب حقاً مجرداً للفرد ففى ذلك كثير من التجاوز ، ولا يعتبر هذا القول صحيحاً على إطلاقه ، وإنما يصح على تغليب حق العبد فى الأمور الشخصية ، كذلك فإن ما يعتبر حقاً خالصاً لله يمس دون شك مصالح الأفراد إما عاجلا أو آجلا ؛ لأن الشريعة إنما وضعت لتحقيق مصلحة العباد .

١٧٦ - الاجتهاد : الاجتهاد فى الاصطلاح هو بذل الجهد للوصول إلى معرفة حكم شرعى ، من دليل تفصيلى ، من الأدلة التى يضعها الشارع للدلالة على الأحكام .

والقاعدة أنه إذا كان النص صريحاً قطعى الورود والدلالة فلا مجال للاجتهاد فيه ، ويجب تطبيقه بحالته ؛ لأنه قطعى الورود ، أى : لاشك فى وروده عن الله أو الرسول فليس وروده محل بحث ؛ ولأنه قطعى الدلالة فليس معناه محل بحث ، ومن هذا آيات الأحكام المفسرة والمحكمة مثل قوله تعالى : ﴿ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ فلا مجال للاجتهاد فى معاقبة الزانى بالجلد ، ولا فى عدد الجلدات ، وكذلك لااجتهاد فى كل العقوبات المقدرة ، ومثل الآيات القرآنية المفسرة أو المحكمة السنن المتواترة المفسرة .

أما إذا كان النص ظنى الورود أو الدلالة فهو محل للاجتهاد وللمجتهد أن يبحث فى الدليل من حيث سنده وطريق وصوله إلينا ، ومن حيث دلالته على معناه .

ومجال الاجتهاد واسع فيما لانص فيه فالمجتهد يبحث الواقعة التى لانص فيها ليصل لمعرفة حكمها عن طريق القياس ، أو الاستحسان ، أو الاستصحاب ،

أو العرف ، أو المصالح المرسلة ، وهذا ممكن فى المسائل المدنية والشخصية ، وفى الإجراءات الجنائية ، ولكنه غير ممكن فى تقرير الجرائم والعقوبات ؛ لأن الجرائم والعقوبات لا بد فيها من النص الصريح ، ولا يؤخذ فيها بالقياس أو غيره كما ذكرنا قبلا .

١٧٧ ـ **كلمة ختامية عن قواعد التفسير** : هذه هى القواعد العامة اللغوية والتشريعية التى وضعها الفقهاء للاهتداء بها فى تفسير النصوص ، على القاضى أن يستعين بها فى تفهم النصوص ، ومعرفة مراميها ، وما يدخل تحتها ، كما أن هذه القواعد تعينه على معرفة النص الواجب التطبيق ، ومدى سلطته فى تفسير النص أو إعماله ، أو إبطاله . وإذا كان للقاضى المدنى أن يطبق هذه القواعد بتوسع . وأن يجعل للقياس والعرف والعدالة وغير ذلك من الاعتبارات مكانا عند تفسير النص وتطبيقه ، إلا أن القاضى الجنائى مقيد بأن يحصر اجتهاده فى تفسير النص وتطبيقه على الواقعة المعروضة عليه ، فليس له أن يخلق جريمة أو عقوبة من طريق القياس أو العرف أو الاستحسان ، ولو كانت الواقعة المعروضة عليه مما ينفر منها الخلق الفاضل ، وليس للقاضى الجنائى أن يخالف النص الصريح مهما كانت الظروف والاعتبارات ، وعليه أن يراعى فى كل الأحوال مبدأين شرعيين أساسيين : أولهما قول الرسول صلى الله عليه وسلم: « ادرءوا الحدود بالشبهات » . وثانيهما : قوله: « إن الإمام أن يخطىء فى العفو خير من أن يخطىء فى العقوبة» وسنتكلم عن هذين المبدأين فيما يلى :

١٧٨ ـ **المبدأ الأول** : درء الحدود بالشبهات : القاعدة العامة فى الشريعة أن الحدود تدرأ بالشبهات ، والحدود هى العقوبات المقدرة ، ويدخل تحت الحدود العقوبات المقدرة لجرائم الحدود ، والعقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية ، أما العقوبات المقررة لجرائم التعازير فلا تعتبر حدوداً ؛ لأنها عقوبات غير مقدرة[1]

---

(١) راجع الفقرات ٥١ ، ١٠٣ ، ٤٤٠ .

والأصل فى هذه القاعدة قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « ادرءوا الحدود بالشبهات » فعلى هذا الحديث الذى تلقته الأمة بالقبول، وأجمع عليه فقهاء الأمصار قامت القاعدة . وقد عمل الصحابة بها بعد وفاة الرسول ، فروى عن عمر بن الخطاب أنه قال : لأن أعطل الحدود بالشبهات أحب إلى من أن أقيمها بالشبهات .

وروى عن معاذ وعبد الله بن مسعود وعقبة بن عامر أنهم قالوا : إذا اشتبه عليك الحد فادرأه . وليس فى الفقهاء من ينكر قاعدة درء الحدود بالشبهات إلا الظاهريون فإنهم يرون أن الحد لا يحل درؤه بالشبهة ، ولا يسلمون بصحة ما روى عن الرسول والصحابة[١].

والآثار الكثيرة المروية عن الرسول والصحابة تؤيد صحة هذه القاعدة ، من ذلك أنه لما جاء ماعز معترفاً بالزنا للرسول قال عليه السلام : « لعلك قبّلت ، لعلك لمست ، لعلك غمزت » كل ذلك يلقنه أن يقول نعم بعد إقراره بالزنا . وجىء له بسارق معترف بالسرقة فقال له : « أسرقت ما إخاله سرق ؟ » ولما جاءته الغامدية مقرة بالزنا ، قال لها نحواً من ذلك . فهذه جرائم من جرائم الحدود كان الدليل الوحيد فيها على الجريمة هو الإقرار ، وكان الرسول يلقن المقر أن يعدل عن إقراره ، ولو لم يكن للعدول أثره فى درء الحد لما أوحى به الرسول للمقر . أما كيف يدرأ العدول الحد فذلك أن الإقرار هو الدليل الوحيد فى القضية ، والعدول عن الإقرار شبهة فى عدم صحة الإقرار ، والحدود تدرأ بالشبهات .

ولما جاءت شراحة الهمدانية معترفة بالزنا لعلى رضى الله عنه قال لها : لعله وقع عليك وأنت نائمة ؟ لعله استكرهك؟ لعل مولاك زوجك منه وأنت تكتمينه؟ وما كان علىّ يقصد من هذه الأسئلة إلا ما قصده الرسول عليه السلام .

ومن أجل ذلك يرى بعض الفقهاء . أنه نستحب للقاضى أن يعرض للمقر

---

(١) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٣٩ .

بالرجوع عن الإقرار إذا لم يكن ثمة دليل إلا الإقرار[١] .

١٧٩ — *تعريف الشبهة* : الشبهة هى ما يشبه الثابت وليس بثابت[٢] أو هى وجود المبيح صورة مع انعدام حكمه أو حقيقته[٣] ، ومن الأمثلة على الشبهة: (١) شبهة الملك فى سرقة الملك المشترك . فمن سرق مالا يشترك فيه مع آخر يدرأ عنه الحد ؛ لأن السرقة هى أخذ مال الغير خفية ؛ ولأنه لم يأخذ مالا خالصاً للغير وإنما أخذه متلبساً بماله (٢) وشبهة الملك فى سرقة الأب من ابنه ، فالأب حين يأخذ خفية مال ولده ينطبق عليه تعريف السرقة ، ويستحق عقوبة القطع ، ولكن الحد يدرأ عن الأب لشبهة تملك مال الولد ، وهذه الشبهة أساسها قول الرسول صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك » . (٣) وشبهة الملك فى اللواط بالزوجة ، فإتيان الزوج زوجته فى دبرها محرم ، ويعتبره الفقهاء زنا ، ولكنهم يدرءون الحد عنه؛لأن الزواج يجعل الزوجة فى ملك الزوج،ويعطيه حق التمتع بكل جسمها ، فتملك الزوج للزوجة يقوم شبهة فى أن له أن يلوط بها وقيام هذه الشبهة يستوجب درء الحد .

ومن الأمثلة على الشبهة : شبهة عدم الثبوت ، فمن أقر بارتكابه جريمة من جرائم الحدود ولم يكن دليل إلا إقراره وجب عليه الحد بالإقرار ، فإذا عدل عن إقراره كان العدول شبهة فى عدم الثبوت ؛ لاحتمال أن يكون إقراره غير صحيح ، وترتب على قيام هذه الشبهة درء الحد . ومثل ذلك يقال عن عدول الشهود إذا لم يكن دليل إلا الشهود .

وإذا كان الفقهاء قد اتفقوا على درء الحدود بالشبهات إلا أنهم لا يتفقون على كل الشبهات ، فهناك ما يراه البعض شبهة صالحة للدرء بينما لا يراه البعض

---

(١) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٢١ .

(٢) لا يقصد بالثبوت ثبوت الفعل فقط ، وإنما يقصد بالثبوت معناه العام ، فيشمل ثبوت الفعل وثبوت الحكم . شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٠ .

(٣) المغنى الجزء العاشر ص٢٠١ .

الآخر شبهة ، والأمثلة على ذلك كثيرة :

فمن وجد امرأة فى فراشه فوطئها ظناً منه أنها امرأته درئ عنه الحد عند مالك والشافعى وأحمد[١] ؛ لأنهم يرون فى وجود المرأة على فراش الرجل شبهة تؤيد دعواه فى أنه ظنها امرأته . أما أبو حنيفة[٢] فلا يرى فى وجود المرأة على فراش الرجل شبهة ، لأنه قد ينام على الفراش غير الزوجة من أقاربها أو زائراتها .

ومن تزوج امرأة من محارمه يدرأ عنه الحد عند أبى حنيفة ، فلا يحد حد الزنا لشبهة العقد ، ويخالفه فى ذلك أبو يوسف ومحمد[٣] ، ويريان ما يراه مالك والشافعى وأحمد من أن الحد لا يدرأ لشبهة العقد ما دام الجانى عالماً بالتحريم[٤] .

وكل نكاح أجمع على بطلانه كنكاح الخامسة ، أو المتزوجة ، أو المعتدة ، أو المطلقة ثلاثاً ، يدرأ فيه أبو حنيفة الحد، ولو كان الجانى عالماً بالتحريم؛ لأن العقد فى رأى أبى حنيفة شبهة ، والشبهة تدرأ الحد[٥] . ولا يرى مالك والشافعى وأحمد درء الحد فى هذه الحالات ؛ لأنهم لا يعتبرون العقد شبهة[٦] .

ويرى أبو حنيفة أن من يستأجر امرأة للزنا لا يحد لشبهة العقد ، ويخالفه فى هذا أبو يوسف ومحمد ، حيث يريان ما يراه مالك والشافعى وأحمد[٧] .

---

(١) أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٢٦ ـ شرح الزرقانى الجزء الثامن ص ٧٨ ـ المغنى الجزء العاشر ص ١٥٥ .

(٢) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٧ .

(٣) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٧ .

(٤) شرح الزرقانى الجزء الثامن ص ٧٦ ـ أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٢٧ ـ المغنى الجزء العاشر ص ١٥٤ .

(٥) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٣ ، ١٤٨ ، ١٤٩ .

(٦) شرح الزرقانى الجزء الثامن ص ٧٦ ، ٧٧ ، ٨٠ ـ أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٢٦ المغنى الجزء العاشر ص ١٥٤ .

(٧) شرح الزرقانى الجزء الثامن ص ٧٦ ـ أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٢٧ .

وهو أن لا يدرأ الحد لشبهة العقد ؛ لأنه عقد لا نستباح به المرأة . وحجة أبى حنيفة أن العقد عقد منفعة ؛ وأن الزانى يستوفى بالزنا منفعة فأورث العقد شبهة[١] .

و يدرأ أبو حنيفة الحد فى سرقة ماهو مباح الأصل ، كسرقة الماء بعد إحرازه والصيد بعد صيده ؛ لأن كليهما فى أصله مال مباح ، وفيه شركة عامة « والإباحة الأصلية تورث شبهة فى بقاء المال مباحاً بعد إحرازه ، والشركة العامة تورث شبهة فى بقاء الشركة قائمة بعد إحراز المال[٢] . أما مالك والشافعى وأحمد فلا يدرءون الحد ؛ لأنهم لا يرون شبهة فى كون المال مباح الأصل[٣] .

ويجعل أبو حنيفة التفاهة شبهة فى المال تدرأ الحد عن سارقه ، و يرتب على ذلك أن لا قطع فى التراب والطين والجص والتبن وأشباهها ، ولا قطع فى التبن والحشيش والقصب والحطب وأشباهها ، وحجته أن الناس لا يتمولون هذه الأشياء عادة ، ولا يضنون بها لعدم عزتها ، وقلة خطرها ، و يعدون الضن بها من باب الخساسة ، و يعتمد أبو حنيفة على عرف الناس وعاداتهم فى بيان الشىء التافه ، ولكنه يسلم بأن الشىء التافه قد يصبح بالصناعة ذا قيمة ، كالقصب يصنع منه النشاب ، فإذا أخرجت الصناعة الشىء التافه عن تفاهته كان القطع واجباً فى سرقته . و يخالف أبو يوسف أبا حنيفة ، و يرى أن الحد لا يدرأ إلا فى سرقة التراب والسرجين ، ولا يدرأ فيما عداهما مادام المسروق مالا متقوما ، ودليل التقوم والمالية عنده هو جواز البيع والشراء فى المال . و يخالف مالك والشافعى وأحمد مذهب أبى حنيفة ولا يرون شبهة فى تفاهة المال مادامت قيمته تبلغ النصاب[٤] .

---

(١) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ١٤٨ .

(٢) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ٣٢٧ .

(٣) شرح الزرقانى الجزء الثامن ص ٩٥ — أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٤١ — المغنى الجزء العاشر ص ٢٤٧ .

(٤) المراجع المذكورة فى رقمى ٢ ، ٣ وبدائع الصنائع الجزء السابع ص ٦٧ ، ٦٨ .

ويدرأ أبو حنيفة الحد فى سرقة ما يتسارع إليه الفساد ، كالطعام الرطب والبقول واللحم والخبز وما أشبه ، ويخالفه فى ذلك أبو يوسف ، ويأخذ برأيه مالك والشافعى وأحمد ، وهم لا يرون شبهة فى كون المسروق مما يتسارع إليه الفساد[1].

ولا يرى أبو حنيفة القطع فى سرقة باب المسجد لشبهة عدم تحريزه[2] ويرى مالك والشافعى وأحمد القطع فى سرقة باب المسجد ، لأنه محرز ولا شبهة فى عدم تحريزه[3].

١٨٠ — **أنواع الشبهة** : اهتم الفقهاء الشافعيون والحنفيون بتقسيم الشبهة وبيان أنواعها المختلفة ، أما الفقهاء المالكيون والحنابلة فقد اكتفوا بالتعرض للشبه واحدة بعد أخرى بصفة عامة كلما استلزم ذلك الأمر .

وقد قسم الشافعية الشبهة ثلاثة أنواع :

١ — شبهة فى المحل ، كوطء الزوجة الحائض أو الصائمة ، أو إتيان الزوجة فى دبرها ، فالشبهة هنا قائمة فى محل الفعل المحرم ؛ لأن المحل مملوك للزوج ومن حقه أن يباشر الزوجة ، وإذا لم يكن له أن يباشرها وهى حائض أو صائمة أو أن يأتيها فى الدبر ، إلا أن ملك المحل للزوج وحقه عليه يورث شبهة ، وقيام هذه الشبهة يقتضى درء الحد سواء اعتقد الفاعل بحل الفعل أو بحرمته ؛ لأن أساس الشبهة ليس الاعتقاد والظن ، وإنما أساسها محل الفعل وتسلط الفاعل شرعاً عليه .

٢ — شبهة فى الفاعل ، كمن يطأ امرأة زفت إليه على أنها زوجته ، ثم تبين

---

(١) المراجع السابقة .

(٢) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص ٢٣٠ .

(٣) شرح الزرقانى ثامن ص ٩٩ — أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٤٠ — المغنى الجزء العاشر ص ٢٥٥

أنها ليست زوجته ، فأساس الشبهة ظن الفاعل واعتقاده ، بحيث يأتى الفعل وهو يعتقد أنه لا يأتى محرماً ، وقيام هذا الظن عند الفاعل يورث شبهة يترتب عليها درء الحد ، فإذا أتى الفاعل الفعل وهو عالم بأنه محرم فلا شبهة .

٣ — شبهة فى الجهة ، ويقصد من هذا التعبير الاشتباه فى حل الفعل وحرمته وأساس هذه الشبهة الاختلاف بين الفقهاء على الفعل ، فكل ما اختلفوا على جوازه أو حله يقوم الاختلاف فيه شبهة ، ويدرأ فيه الحد ، فمثلا يجيز أبو حنيفة النكاح بلا ولى ، ويجيز مالك النكاح بلا شهود ، ويجيز ابن عباس نكاح المتعة ، ومن ثم فلا يعتبر الوطء فى هذه الأنكحة المختلف عليها زنا يحد عليه ، بل يقوم الخلاف شبهة تدرأ الحد ، ولو كان الفاعل يعتقد بحرمة الفعل ؛ لأن هذا الاعتقاد فى ذاته ليس له أثر ما دام العلماء مختلفين على الحل والحرمة [١] .

ويقسم الحنفية الشبهة قسمين :

الأول : الشبهة فى الفعل [٢] ، ويسمونها أيضاً شبهة اشتباه ، وشبهة مشابهة ، وهى شبهة فى حق من اشتبه عليه الفعل دون من لم يشتبه عليه . وتثبت هذه الشبهة فى حق من اشتبه عليه الحل والحرمة ، ولم يكن ثمة دليل سمعى يفيد الحل ، بل ظن غير الدليل دليلا ، كمن يطأ زوجته المطلقة ثلاثاً فى عدتها [٣] .

ويشترط لقيام الشبهة فى الفعل أن لا يكون هناك دليل على التحريم أصلا ، وأن يعتقد الجانى الحل ، فإذا كان هناك دليل على التحريم ، أو لم يكن الاعتقاد بالحل ثابتاً فلا شبهة أصلا .

الثانى : الشبهة فى المحل ، ويسمونها الشبهة الحكمية أو شبهة الملك ، ويشترط

---

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٦ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٠ ، ١٤١ .

(٣) يحصر الحنفيون شبهة الفعل فى ثمانية مواضع فى جريمة الزنا ، أحدها إتيان المطلقة ثلاثا أثناء العدة ، والأئمة الثلاثة يخالفون الحنفيين ، ولا يرون شبهة فى هذه المواضع ، ومن ثم فهم لا يعترفون بشبهة الفعل فى جريمة الزنا .

فى هذه الشبهة أن تكون ناشئة عن حكم من أحكام الشريعة ، فالسرقة محرمة بنص القرآن حيث قال الله تعالى : ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ والرسول صلى الله عليه وسلم يقول : « أنت ومالك لأبيك » فالنص الثانى يقوم بذاته شبهة على تطبيق حكم النص الأول الذى يحرم السرقة ويعاقب عليها بالقطع ؛ لأن النص الثانى يجعل الولد وماله ملكاً للأب ، فإذا سرق الأب مال ولده فقد سرق ماله حكما ، فالشبهة فى المحل أو الشبهة الحكمية تتحقق بقيام دليل شرعى ينفى الحرمة ولا عبرة بظن الفاعل فيستوى أن يعتقد الفاعل أنه يسرق ، أو يعتقد أنه لا يسرق ؛ لأن الحرمة مشكوك فيها بقيام دليل الحل[1] .

ويضيف أبو حنيفة نوعاً ثالثاً من الشبهات ، وهو شبهة العقد ، فعنده أن الشبهة تثبت بالعقد ولو كان العقد متفقاً على تحريمه وكان الجانى عالماً بالتحريم ، ولكن أصحابه وباقى الأئمة الأربعة يخالفونه فى هذا ، ولا يرون العقد شبهة إلا إذا كان الجانى يظن الحل و يعتقده .

وعلى هذا تكون الشبهة على رأى أبى حنيفة على ثلاثة أنواع : شبهة الفعل وشبهة المحل ، وشبهة العقد .

١٨١ - مايترتب على درء الحدود بالشبهات : تختلف النتائج التى تترتب على الأخذ بقاعدة درء الحدود بالشبهات ، ففى بعض الأحيان يؤدى تطبيق القاعدة إلى درء عقوبة الحد وتبرئة المتهم من الجريمة المنسوبة إليه ، وفى بعض الأحيان يؤدى تطبيق القاعدة إلى درء عقوبة الحد وإحلال عقوبة تعزيرية محلها .

ويبرأ المتهم من الجناية المنسوبة إليه فى ثلاث حالات : الأولى : إذا كانت الشبهة قائمة فى ركن من أركان الجريمة ؛ فمن زفت إليه غير زوجته ، فأتاها على اعتقاد أنها زوجته ، لا يعاقب على الزنا بعقوبة الحد ، ولا بعقوبة تعزيرية ،

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤١ ، ١٤٢ .

و إنما يحكم ببراءته ؛ لانعدام القصد الجنائى لديه ، والقصد الجنائى ركن من أركان جريمة الزنا . ومن أخذ خفية مالا له وهو يعتقد أنه مال الغير لا يعاقب على السرقة حداً ولا تعزيراً ؛ لانعدام ركن من أركان الجريمة ، وهو كون المال مال الغير . الثانية : أن تكون الشبهة قائمة فى انطباق النص المحرم على الفعل المنسوب للمتهم ، فمن تزوج بلا شهود او بلا ولى ، أو تزوج زواج متعة ، لا يعاقب حداً ولا تعزيراً اعتباره زانياً ؛ لأن العلماء اختلفوا فى هذه الأنكحة فأحلها بعضهم ، وحرمها البعض الآخر ، وهذا الاختلاف معناه الشك فى انطباق نص الزنا على هذه الأفعال ، ومن ثم تجب تبرئة المتهم من الجناية المنسوبة إليه . الثالثة : أن تكون الشبهة قائمة فى ثبوت الجريمة ، فإذا شهد شخصان على آخر بأنه شرب خمراً ، ثم عدلا عن شهادتهما ولم يكن هناك دليل آخر ، درىء الحد لشبهة صدق الشاهدين فى عدولهما ، و برىء المتهم مما نسب إليه . و إذا نسب إلى شخص يجن و يفيق أنه ارتد أو سرق ، ولم يعلم إن كان ارتكب الجريمة وقت الإفاقة أو وقت الجنون ، درىء عنه الحد ؛ لشبهة عدم التكليف ، و برىء مما نسب إليه .

وفيما عدا هذه الحالات الثلاث فإن تطبيق القاعدة إذا أدى لدرء الحد فإنه يؤدى فى الوقت ذاته إلى استبدال التعزير بالحد أيا كان مصدر الشبهة ، فالأب يدرأ عنه الحد فى سرقة مال ولده ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « أنت ومالك لأبيك » ولكنه يعزر ؛ لأن الدرء كان لشبهة حكمية أى شبهة فى المحل ، ومن يأت زوجته فى دبرها يدرأ عنه الحد للشبهة فى المحل ، ولكنه يعزر ، ومن يتزوج محرماً أو يستأجر امرأة للزنا يدرأ عنه الحد لشبهة العقد عند أبى حنيفة ، ولكنه يعزر . ومن سرق مالا تافهاً كالتراب ، أو مباح الأصل كالصيد بعد صيده ، يدرأ عنه حد السرقة عند أبى حنيفة ؛ لشبهة التفاهة والإباحة ، ولكنه يعزر . ومن يسرق باب المسجد يدرأ عنه الحد فى رأى أبى حنيفة لشبهة عدم الحرز ، ولكنه يعزر . و إذا نسب إلى شخص سرقة مثلا ، واشتبه فيما إذا كان بلغ الحلم أم لم يبلغ ، درىء عنه

الحد ، وعزر على ما نسب إليه ، ومن يقر على نفسه بجريمة من جرائم الحدود ولا دليل عليه إلا إقراره يحد بإقراره ، فإذا عدل عن إقراره كان عدوله شبهة تدرأ الحد ، ولكنه يعزر بدلا من عقوبة الحد . والفرق بين عدول المقر عن الإقرار، وعدول الشهود عن الشهادة أن المتهم يعزر عند العدول عن الإقرار ويبرأ إذا عدل الشهود عن شهادتهم . وأساس هذا الفرق أن الإنسان لا يتهم نفسه عادة بجريمة لم يرتكبها ، ولكن من السهل أن يتهمه غيره كذبا بما لم يفعله ؛ على أنه إذا تبين أن الإقرار كان نتيجة إكراه كان الحكم بالبراءة واجباً ، إذ الإقرار نتيجة الإكراه أو التهديد باطل ؛ لحديث ابن عمر : « ليس الرجل على نفسه بأمين إن جوعت أو خوفت أو أوثقت » ؛ ولأن الإقرار يكون حجة لترجيح جانب الصدق فيه ، فإذا امتنع المقر عن الإقرار حتى هدد أو أكره فالظاهر أنه كاذب فى إقراره ، والعدول عن الإقرار الصحيح يدرأ به الحد للشبهة ، ولكن الإقرار يبقى مع هذا مرجحا فيه جانب الصدق ، فيصلح دليلا يعزر به وإن لم يصلح دليلا لعقوبة الحد ، والمسألة على كل حال متروكة لتقدير القاضى فإن اقتنع أن الإقرار صحيح عاقب بعقوبة تعزيرية ، وإن لم يقتنع حكم بالبراءة .

١٨٣ — هل تطبق قاعدة درء الحدود بالشبهات على جرائم التعازير ؟ :—
الأصل فى قاعدة درء الحدود بالشبهات أنها وضعت لجرائم الحدود ، لكن ليس ثمة ما يمنع من تطبيقها على جرائم التعازير ؛ لأن القاعدة وضعت لتحقيق العدالة ولضمان صالح المتهمين ، وكل متهم فى حاجة لتوفير هذين الاعتبارين سواء كان متهما فى جريمة من جرائم الحدود وجرائم التعازير .

وتطبق القاعدة على جرائم التعازير فى الحالات الثلاث التى يؤدى تطبيقها إلى البراءة فى جرائم الحدود ، ولا تطبق فى حالات استبدال الحد بعقوبة تعزيرية ؛ لأن جرائم التعازير عقوباتها غير مقدرة ومتروكة لتقدير القاضى واختياره ، بعكس عقوبات جرائم الحدود فهى مقدرة وبالغة فى الشدة والردع ، وليس للقاضى أن

يعدل عنها ويستبدل بها غيرها إلا فى حالة درء الحد للشبهة .

١٨٣ — المبدأ الثاني تفضيل الخطأ فى العفو : من المبادئ العامة المقررة فى الشريعة أن الخطأ فى العفو خير من الخطأ فى العقوبة ، وأصل هذا المبدأ قول الرسول عليه السلام : « إن الإمام أن يخطىء فى العفو خير من أن يخطىء فى العقوبة » ومعنى هذا المبدأ أنه لا يصح الحكم بالعقوبة إلا بعد التثبت من أن الجانى ارتكب الجريمة ، وأن النص المحرم منطبق على الجريمة ، فإذا كان ثمة شك فى أن الجانى ارتكب الجريمة ، أو فى انطباق النص المحرم على الفعل المنسوب للجانى ، وجب العفو عن الجانى أى : الحكم ببراءته ؛ لأن براءة المجرم فى حال الشك خير للجماعة . وأدعى إلى تحقيق العدالة من عقاب البرىء مع الشك

ومبدأ الخطأ فى العفو ينطبق على كل أنواع الجرائم ، فهو ينطبق على جرائم الحدود ، وجرائم القصاص والدية ، وجرائم التعازير .

ويمكن القول بأن مبدأ درء الحدود بالشبهات على أهميته يعتبر تطبيقاً لمبدأ الخطأ فى العفو على الأقل فى الحالات التى يؤدى فيها درء الحد لتبرئة الجانى .

١٨٤ — القانون والشريعة : وتأخذ القوانين الوضعية بصفة عامة بطريقة الشريعة فى التفسير ، وإذا كانت القوانين تميل إلى تقييد سلطة القاضى فى تفسير النصوص الجنائية ، إلا أن المحاكم اتجهت تحت تأثير الضرورات العملية ، والرغبة فى حماية المصالح العامة ، إلى التوسع فى تفسير النصوص الجنائية ، من ذلك أنها اخترعت نظرية التسليم الضرورى فى السرقة ؛ لحماية الجمهور من ضرب من ضروب السرقة ، لا يدخل تحت نص القانون إذا أخذ بنظرية التفسير الضيق ، وكذلك اعتبرت المحاكم الكهرباء منقولا ؛ لتعاقب على اختلاسها بعقوبة السرقة ، كذلك عاقبت على سرقة أكفان الموتى ، والقاعدة التى تتبعها المحاكم يحبذها أكثر الشراح ، وهى عين الطريقة التى تأخذ بها الشريعة الإسلامية .

والقاعدة فى القانون أن يفسر كل شك لمصلحة المتهم ، وتطبيق هذه القاعدة

قد يؤدى إلى تخفيف عقوبة الجانى ، وقد يؤدى إلى تبرئة المتهم ، فمثلا إذا شكت المحكمة فى توفر ركن الإكراه فى السرقة بالإكراه ، فسر هذا الشك لمصلحة المتهم ، واعتبرت الواقعة سرقة عادية ، وعوقب عليها بعقوبة الجنحة بدلا من عقوبة الجناية ، وإذا شكت المحكمة فى ثبوت الجريمة ، أو فى توفر ركن من أركانها ، حكم ببراءة المتهم ، ويتبين من هذا أن تفسير الشك لمصلحة المتهم فى القانون ، يقابل فى الشريعة درء الحد بالشبهات ، وتفضيل الخطأ فى العفو ويؤدى إلى نفس نتائج هذين المبدأين (١) .

المبحث الرابع

فى تعارض الأحكام (أي النصوص) ونسخها

١٨٥ — التعارض : إذا تعارض نصان فى قوة واحدة : كآيتين ، أو آية وسنة متواترة ، أو سنتين متواترتين ، أو حديثين مشهورين ، أو خبرين من أخبار الآحاد ، وعلم تاريخ ورود كل من النصين المتعارضين كان اللاحق منهما ناسخا للسابق .

وإذا لم يعلم تاريخ ورود النصين المتعارضين ، رجح أحدهما على الآخر بطريق من طرق الترجيح ، والترجيح إما أن يكون من ناحية المتن ، وإما من ناحية السند ، فمن جهة المتن يرجح الأقوى دلالة ، فيرجح المفهوم بالعبارة على المفهوم بالإشارة وهكذا ، ويرجح المحكم على المفسر ، والمفسر على النص وهكذا ، ويرجح العام على المخصص . ومن جهة السند يرجح الخبر الذى رواته من أهل الفقه والأمانة على غيرهم .

وإذا لم يرجح أحد النصين المتعارضين على الآخر ، يجمع بينهما بطريق من طرق الجمع والتوفيق ، وهذا يكون بتخصيص أحد النصين لحالة ، وتخصيص

---

(١) القانون الجنائى لعلى بدوى ص ١٠٦ — ١١٠ — شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ١١٤ — ١١٥ .

الآخر بحالة أخرى ، أو بجعل أحد النصين مبينا الحكم الدنيوى ، والثانى مبينا الحكم الأخروى ، أو بجعل أحدهما حقيقيا ، والثانى مجازيا أو بغير ذلك .

وإذا لم يعلم تاريخ ورود النصين المتعارضين ، ولم يقم دليل على رجحان أحدهما على الآخر ، ولم يمكن الجمع والتوفيق بينهما ، عدل عن الاستدلال بهما إلى الاستدلال بما دونهما مرتبة ، فإن كان التعارض بين متواترين عدل عنهما إلى خبر الآحاد .

ويراعى دائما فى حالة الترجيح،والجمع ، والتوفيق ، عدم الخروج على مبادئ الشريعة العامة وروح التشريع ، لتكون الموازنة بين الأدلة قائمة على ضوء مقاصد الشارع والمبادئ العامة .

١٨٦ — النسخ — هو إبطال حكم تشريعى بدليل يدل عليه صراحة أو ضمنا إبطالا كليا أو جزئيا لمصلحة اقتضته .

فالنسخ الصريح هو أن يصدر تشريع بنص صراحة على إبطال تشريع سابق ، ومثال ذلك ما حدث فى تشريع الزنا ، فقد كانت العقوبة أول الأمر الحبس فى البيوت والإيذاء ، وذلك قوله تعالى : ﴿ واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ، فإن شهدوا فأمسكوهن فى البيوت حتى يتوفاهن الموت ، أو يجعل الله لهن سبيلا ، واللذان يأتيانها منكم فآذوهما ، فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما ، إن الله كان توابا رحيما ﴾ ثم نسخ ذلك صراحة بقوله تعالى : ﴿ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ و بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « خذوا عنى فقد جعل الله لهن سبيلا ؛ البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة » .ومثل النسخ الصريح أيضاً قول الرسول عليه السلام : « كنت نهيتكم عن زيارة القبور، ألا فزوروها ، فإنها تذكركم الحياة الآخرة » .

والنسخ الضمنى هو أن يصدر الشارع تشريعا لاحقا لا ينص فيه صراحة

على إبطال التشريع السابق ، ولكنه يأتى فى التشريع اللاحق بأحكام تعارض أحكام التشريع السابق ، بحيث لا يمكن التوفيق بين التشريعين إلا بإلغاء أحدهما ، فيعتبر اللاحق ناسخا للسابق ضمنا .

والنسخ الكلى هو إبطال تشريع سابق إبطالا كليا بالنسبة لكل فرد من أفراد المكلفين .

والنسخ الجزئى هو أن يجىء التشريع عاما شاملا كل فرد مكلف ، ثم يلغى بالنسبة لبعض الأفراد ، ومثال ذلك حكم القذف فقد كان عاما ثم نسخ بالنسبة إلى الأزواج فقط حيث شرعت لهم الملاعنة .

١٨٧ — **محل النسخ** : محل النسخ هو الأحكام التشريعية ، وليست نصوص القرآن والسنة كلها قابلة للنسخ ، بمعنى أن ما ورد به نص سابق يمكن أن ينسخه نص لاحق ، فهناك نصوص محكمة لا تقبل النسخ بحال وهى :

أولا ـ النصوص التى تضمنت أحكاما أساسية كالنصوص التى أوجبت الإيمان بالله ورسله وكتبه واليوم الآخر ، والنصوص التى جاءت بأصول العقائد والعبادات ، والنصوص التى قررت أمهات الفضائل كالصدق والعدل وأداء الأمانات ، والنصوص التى حرمت الرذائل كالشرك بالله وقتل النفس بغير حق ، والزنا ، والسرقة ، والفساد فى الأرض ، والظلم ، وغير ذلك .

ثانيا : ـ النصوص التى جاءت بأحكام مؤبدة كقوله تعالى فى قاذفى المحصنات : ﴿ ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا ﴾ .

ثالثا : النصوص التى دلت على وقائع وقعت وأخبرت عن حوادث ، كقوله تعالى: ﴿ فأما ثمود فأهلكوا بالطاغية ﴾ وكقول الرسول «نصرت بالرعب مسيرة شهر» ؛ لأن نسخ الخبر تكذيب للمخبر به ، والكذب محال على الشارع .

هذه الأنواع الثلاثة من النصوص لا تقبل النسخ وليست محلا له ، أما ما عداها من النصوص فهو يقبل النسخ .

١٨٨ — متى كان النسخ ؟ وإذا قلنا إن النصوص تقبل النسخ أو لا تقبله، فهذا القول فيما يتعلق بالقرآن والسنة ، ينطبق على العهد الذى كان التشريع ينزل فيه ، وهو ينتهى بوفاة الرسول صلى الله عليه وسلم ، أما بعد وفاته فقد أصبحت نصوص القرآن والسنة محكمة جميعها لا تقبل النسخ،ولا هى محل له ، حيث لاتوجد سلطة تملك تغيير ما أنزله الله على رسوله بعد انقطاع الوحى ووفاة الرسول .

١٨٩ — أى النصوص تنسخ الأخرى ؟ : القاعدة العامة فى الشريعة أن النص لا ينسخه إلا نص فى قوته أو أقوى منه ، وأن النص الأقل قوة لا ينسخ نصاً أقوى منه.والنصوص فى الشريعة مصدرها كما علمنا القرآن والسنة والإجماع والقياس ،وما يصدره أولو الأمر من قوانين ولوائح وقرارات، والمصدران الأساسيان للشريعة هما القرآن والسنة ، فهما اللذان جاءا بأسس الشريعة وأحكامها العامة والخاصة ، أما بقية المصادر فهى لا تأتى بأسس شرعية جديدة ، ولا تضع أحكاماً عامة جديدة،وإنما هى طرق للاستدلال على الأحكام الفرعية من نصوص القرآن والسنة ، فهى لا يمكن أن تأتى بما يخالف القرآن والسنة ؛ لأنها تستمد منهما وتستند على نصوصهما،وهذا ينطبق على الإجماع والقياس كما ينطبق على القوانين واللوائح التى يصدرها أولو الأمر، فالإجماع أساسه اتفاق المجتهدين على حكم شرعى متفق مع نصوص القرآن والسنة ، فإن لم يكن نص فلا بد أن يكون متفقاً مع مبادئ الشريعة العامة وروحها. والقياس أساسه إلحاق ما لا نص فيه بما فيه نص من القرآن أو السنة ، والقوانين واللوائح تصدر من أولى الأمر؛لتنظيم حال الجماعة على أساس القرآن والسنة ، وتجب طاعتها كلما كانت صادرة على هذا الأساس ، وإلا فلا طاعة لها ولا لمن أصدرها .

ويتبين مما سبق أن القرآن والسنة هما أساس الشريعة ومرجعها ، وأنهما أقوى مصادر الشريعة وأعلاها درجة ، أما بقية المصادر فهى تابعة للقرآن والسنة ، وتقوم على نصوصهما ، فالقرآن والسنة أصل و بقية المصادر فروع لهما ،

ولا يمكن عقلا أن يكون الفرع مساوياً للأصل ولا أقوى منه، وإذن فمن المحال أن ينسخ القرآن أو السنة إجماع أو قياس[١] أو قانون أو لائحة .

آما نصوص القرآن فينسخ بعضها بعضاً ، وقد تنسخها السنة المتواترة ؛ لأنها كلها قطعية وفى قوة واحدة .

ونصوص السنة غير المتواترة قد ينسخ بعضها بعضاً ؛ لأنها فى قوة واحدة ، وقد ينسخها القرآن والسنة المتواترة ؛ لأنها أقوى منها .

ولكن لا ينسخ نص قرآنى أو سنة متواترة بسنة غير متواترة ؛ لأن الأقوى لا ينسخ بما هو أقل منه قوة .

وقد استقرت نصوص القرآن والسنة بوفاة الرسول صلى الله عليه وسلم ، إذ بوفاته انقطع الوحى ،وانقطع ورود النصوص ، فصارت نصوص القرآن والسنة محكمة ؛ لأن باب نسخها أغلق نهائياً،وأصبحت قانوناً واحداً يفسر خاصها العام ، و يبين مقيدها المطلق ؛ كأنما شرعت كلها دفعة واحدة على الحالة التى انتهت إليها.

١٩٠ — حكم الإجماع والقياس المخالفين للقرآن والسنة : يصعب أن يكون هناك إجماع أو قياس مخالف للقرآن والسنة ؛ لأن الإجماع يجب أن يقوم على دليل من القرآن والسنة . فلا إجماع بلا مستند شرعى[٢] وإذا كان من شروط الإجماع أن يكون مستنداً إلى القرآن والسنة ، فلا يتصور أن يكون مخالفاً لهما ، إلا إذا كان إجماعاً ممن يجهل القرآن والسنة ومن غير المجتهدين ، وهذا ليس إجماعاً شرعياً ولا يترتب عليه أى أثر شرعى ، وكل ما يأتى عن طريقه باطل بطلاناً مطلقاً .

ومن المستبعد أن يكون هناك قياس مخالف للقرآن والسنة إذا روعيت

---

(١) المستصفى للغزالى ج ١ ص ١٢٦ ـ فواتح الرحموت فى شرح مسلم الثبوت ج ٣ ص ٨٤

(٢) فواتح الرحموت فى شرح مسلم الثبوت ج ٢ ص ٢٣٨ .

شروط القياس ؛ لأن أساس القياس أنه يلحق مالا نص فيه بما فيه نص ؛ لا شتراكهما فى علة الحكم ، فالحكم الذى يجىء عن طريق القياس هو دائماً حكم من أحكام القرآن أو السنة ، وإذا فرض أن قياساً ما ، جاء بحكم مخالف للقرآن أو السنة ، فهو قياس باطل بطلاناً مطلقاً ؛ لأن من الشروط الأساسية فى الشريعة أن يراعى المجتهد النصوص قبل كل شىء فلا يخرج عليها ، وأن يتقيد بمقاصد الشارع العامة وبروح التشريع(١)

المبحث الخامس

فى علاقة الأحكام الشرعية بأحكام القوانين

١٩١ - حكم القوانين واللوائح المخالفة للقرآن والسنة : إذا جاءت القوانين واللوائح متفقة مع نصوص القرآن والسنة ، أو متمشية مع مبادىء الشريعة العامة وروحها التشريعية ، وجبت الطاعة لها ، وحقت العقوبة على من خالفها ، أما إذا جاءت القوانين واللوائح خارجة على نصوص القرآن والسنة ، أو خارجة على مبادىء الشريعة العامة وروحها التشريعية ، فهى قوانين ولوائح باطلة بطلاناً مطلقاً ، وليس لأحد أن يطيعها ، بل على كل مسلم أن يحاربها . وسنبين فيما يلى أسباب هذا البطلان بعد أن نتكلم عن نظرية البطلان ذاتها .

١٩٢ - نظرية البطلان فى الشريعة : أساس نظرية البطلان فى الشريعة الإسلامية هو أن الأوامر والنواهى لم تجىء عبثاً ، وأن الله أنزل كتابه وأرسل رسوله للناس ؛ ليطيعوه ويعملوا بما جاء به ، فمن عمل بما جاء به الرسول فعمله صحيح ؛ لأنه وافق أمر الشارع ، ومن خالف فقد بطل عمله ؛ لمخالفته أمر الشارع ، والله تعالى يقول : ﴿ وما أرسلنا من رسول إلا ليطاع بإذن الله ﴾ . [النساء: ٦٤]

---

(١) راجع الفقرات ١١٥ ، ١٣٥ ، ١٦٩ - ١٧٥ .

ويقول : ﴿ وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا ﴾ . [الحشر : ٧]
ويقول : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول ﴾ : [النساء : ٥٩].

وتنطبق نظرية البطلان على عمل الأفراد والجماعات ، والحكام والمحكومين وتصرفات هؤلاء وهؤلاء ، فكل عمل أو تصرف جاء موافقاً لنصوص الشريعة أو مبادئها العامة وروحها فهو صحيح ، وما جاء مخالفاً لنصوص الشريعة أو مبادئها العامة أو روحها التشريعية فهو باطل بطلاناً أصلياً ، ولا يترتب عليه أى أثر ، ومن ثم فكل قانون أو لائحة أو أمر جاء على خلاف الشريعة فهو باطل بطلاناً مطلقاً ، وكل عبادة جاءت على خلاف الشريعة فهى عبادة باطلة ، وكل تصرف أو عقد جاء على خلاف الشريعة فهو باطل بطلاناً مطلقاً . فالعمل إما أن يكون موافقاً للشريعة فهو صحيح ، وإما أن يكون مخالفاً لها فهو باطل ، وهذا هو رأى جمهور الفقهاء .

والمخالفون وهم الأحناف لا يخالفون نظرية الجمهور فيما يمس حقوق الجماعة ، فعندهم أن القوانين واللوائح والأوامر المخالفة للشريعة باطلة بطلاناً مطلقاً ولكنهم يخالفون فيما يمس حقوق الأفراد ، أى فى العقود والتصرفات ، فيرون أنها تكون صحيحة إذا جاءت موافقة للشريعة ، فإذا جاءت على خلافها فهى باطلة بطلاناً مطلقاً إذا كان الخلل فى أصل العقد أو التصرف ، أى: فى ركن من أركانه، أما إذا كان الخلل فى وصف من أوصاف العقد أو التصرف، أى: فى شرط خارج عن ماهيته وأركانه، فالعقد أو التصرف يكون فاسداً لا باطلا. والفرق بين الفاسد والباطل عندهم أن الباطل لا يترتب عليه أثر مطلقاً ، وأن الفاسد يترتب عليه بعض آثاره[1] .

وإذا طبقنا نظرية البطلان على القوانين واللوائح والقرارات والأوامر أمكننا أن نقول على وجه القطع إن التشريعات الوضعية على اختلاف أسمائها

---

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ج ١ ص ١٨٦ ، ١٨٧ — المستصفى للغزالى ج ١ ص ٩٤ — أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص ٩٩ — ١٠١ .

تكون باطلة بطلانا مطلقاً كلما جاءت مخالفة لنصوص الشريعة الإسلامية ، أو خارجة على مبادئها العامة ، أو مباينة لروح التشريع الإسلامى ، وأساس هذا البطلان كونها مخالفة للشريعة طبقاً لرأى جمهور الفقهاء ، وأساسه طبقاً لرأى أبى حنيفة وأصحابه أن القوانين واللوائح والأوامر مما يمس صالح الجماعة ونظامها العام، أو يمس حقوق الله طبقا لتعبيرهم ، وكل مايتصل بصالح الجماعة ونظامها باطل بطلانا مطلقاً إذا جاء مخالفاً للشريعة الإسلامية ، فأساس البطلان إذن بإجماع الفقهاء هو مخالفة القوانين واللوائح والقرارات والأوامر لنصوص الشريعة أو مبادئها العامة أو روحها التشريعية .

١٩٣ - الأدلة على بطلان التشريعات الوضعية المخالفة للشريعة : -

بينا فيما سبق أن تطبيق نظرية البطلان فى الشريعة يقتضى إبطال التشريعات الوضعية المخالفة للشريعة الإسلامية ، وسنبين الآن أن هـذا البطلان يستند إلى نصوص القرآن ، ونصوص السنة ، وإلى الإجماع ، وهى مصادر القانون الجنائى فى الشريعة الإسلامية ، فقد جاءت نصوص القرآن والسنة صريحة فى إبطال كل مايخالف الشريعة ، ومن ثم انعقد الإجماع على احترام هذه النصوص الصريحة وإبطال كل مايخالفها ، وسنقدم فيما يلى الأدلة على ذلك : -

١ - إن الله أمر باتباع الشريعة ونهى عن اتباع مايخالفها ، فلم يجعل لمسلم أن يتخذ من غير شريعة الله قانونا ، وجعل كل ما يخرج على نصوص الشريعة ، أو مبادئها العامة ، أو روحها التشريعية ، محرما تحريماً قاطعاً على المسلمين بنص القرآن الصريح ، حيث قسم الله الأمر إلى أمرين لا ثالث لهما : إما الاستجابة لله وللرسول واتباع ماجاء به الرسول ، وإما اتباع الهوى ، فكل مالم يأت به الرسول فهو من الهوى بنص القرآن ، وذلك قوله تعالى : ﴿ فإن لم يستجيبوا لك فاعلم أنما يتبعون أهواءهم ، ومن أضل ممن اتبع هواه بغير هدى من الله ، إن الله لا يهدى القوم الظالمين ﴾ [سورة القصص : ٥٠] .

كذلك قسم الله طريق الحكم بين الناس إلى طريقين لا ثالث لهما : أولهما: الحق ، وهو الوحى الذى أنزل على رسله ، وثانيهما : الهوى ، وهو كل ما خالف الوحى ، فقال جل شأنه : ﴿ يا داود إنا جعلناك خليفة فى الأرض ، فاحكم بين الناس بالحق ، ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله ، إن الذين يضلون عن سبيل الله لهم عذاب شديد بما نسوا يوم الحساب ﴾ [سورة ص : ٢٧]

وقال تعالى موجها الخطاب إلى رسوله صلى الله عليه وسلم : ﴿ ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ، ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون ؛ إنهم لن يغنوا عنك من الله شيئاً ، وإن الظالمين بعضهم أولياء بعض والله ولى المتقين ﴾ [الجاثية:١٨ ، ١٩] فقسم الأمر بين الشريعة التى جعل رسوله عليها ، وأوحى إليه العمل بها ، وأمر الأمة الإسلامية باتباعها ، و بين اتباع أهواء الذين لا يعلمون ، وأمر بالأول ونهى عن الثانى.

وقال جل شأنه : ﴿ اتبعوا ما أنزل إليكم من ربكم ، ولا تتبعوا من دونه أولياء قليلا ماتذكرون ﴾ [الأعراف : ٣] فأمر باتباع ما أنزل منه خاصة، ونهى عن اتباع ما يخالفه ، و بيّن أن من اتبع غير ما أنزل من عند الله فقد اتبع أولياء من دون الله[1] .

وهكذا قطعت نصوص القرآن فى تحريم كل ما يخالف نصوص الشريعة صراحة أو ضمناً ، وكل ما يخالف مبادئها العامة أو روحها التشريعية ، ونهت نهياً جازما عن العمل بغير الشريعة ، واعتبرت العامل بغير الشريعة متبعاً هواه منقاداً إلى الضلال ، مضلا لغيره ظالما لنفسه ولغيره ، كافرا بما أنزل الله . متخذاً لنفسه أولياء من دون الله .

٢ ـ إن الله لم يجعل لمؤمن أن يرضى بغير حكم الله ، أو يتحاكم إلى غير ما أنزل الله ، بل لقد أمر الله أن يكفر بكل حكم غير حكمه . واعتبر الرضاء بغير حكمه ضلالا بعيداً ، واتباعا للشيطان ، وذلك قوله تعالى : ﴿ ألم تر إلى الذين

---

(١) أعلام الموقعين جـ ١ ص ٥٣ .

يزعمون أنهم آمنوا بما أنزل إليك ، وما أنزل من قبلك ، يريدون أن يتحاكموا إلى الطاغوت وقد أمروا أن يكفروا به ، ويريد الشيطان أن يضلهم ضلالا بعيداً ﴾ [النساء : ٦٠] .

فمن يتحاكم إلى غير ما أنزل الله وما جاء به الرسول فقد حكم الطاغوت وتحاكم إليه . والطاغوت هو كل ما تجاوز به العبد حده من معبود أو متبوع أو مطاع ، فطاغوت كل قوم من يتحاكمون إليه غير الله ورسوله . أو يعبدونه من دون الله ، أو يتبعونه على غير بصيرة من الله ، أو يطيعونه فيما لا يعلمون أنه طاعة الله ، فمن آمن بالله ليس له أن يؤمن بغيره ، ولا أن يقبل حكما غير حكمه[1] .

٣ ـ إن الله لم يجعل لمؤمن ولا مؤمنة أن يختار لنفسه أو يرضى لها غير ما اختاره الله ورسوله ، ومن تخير غير ذلك فهو ضال لم يعرف الإيمان لقلبه سبيلا ، وذلك قوله تعالى : ﴿ وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم ﴾ [الأحزاب : ٣٦] فإذا أمر الله باتباع ما أنزل على رسوله ، ونهى عن اتباع غيره ، فليس لمؤمن أن يرضى بغير ما أنزل الله ، فإن رضيه واختاره لنفسه فهو غير مؤمن[2] .

٤ ـ إن الله حرم على المؤمنين أن يسبقوا رسوله بقول أو فعل أو أمر أو رأى ، كما حرم عليهم أن يرفعوا أصواتهم فوق صوت نبيه ، فقال : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تقدموا بين يدى الله ورسوله ، واتقوا الله إن الله سميع عليم ﴾ [الحجرات : ١] أى لا تقولوا حتى يقول ، ولا تأمروا حتى يأمر ، ولا تفتوا حتى يفتى ، ولا تعطوا أمراً حتى يكون هو الذى يحكم فيه . وقال : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا ترفعوا أصواتكم فوق صوت النبى ، ولا تجهروا له بالقول كجهر بعضكم

---

(١) أعلام الموقعين جـ ١ ص ٥٦ .
(٢) نفس المرجع ص ٥٧ .

لبعض أن تحبط أعمالكم وأنتم لا تشعرون ﴾ [الحجرات : ٢] فإذا كان رفع أصواتهم فوق صوته سبباً لحبوط أعمالهم ، فكيف بتقديم آرائهم وعقولهم وأذواقهم وسياستهم ومعارفهم على ما جاء به ورفعها عليه ، أليس هذا أولى أن يكون محبطا لأعمالهم ؟

وقال جل شأنه : ﴿ إنما المؤمنون الذين آمنوا بالله ورسوله ، وإذا كانوا معه على أمر جامع لم يذهبوا حتى يستأذنوه ﴾ [النور : ٦٢] فإذا جعل الله من لوازم الإيمان أنهم لا يذهبون إذا كانوا معه إلا بعد استئذانه ، فأولى أن يكون من لوازم الإيمان أن لا يذهبوا إلى قول أوفعل ، ولا إلى مذهب علمي أوسياسي إلا بعد استئذانه ، وإذنه يعرف بعد وفاته بموافقة ما يذهبون إليه لما جاء به ، فإن وافقه فقد أذن ، وإن لم يوافقه ـ ثم ذهبوا إلى هذا المخالف ـ فقد انتفى عنهم الإيمان ، وحبطت أعمالهم ، وخسروا دنياهم وآخرتهم[1] .

٥ـ إن الله أمر بأن يكون الحكم طبقاً لما أنزل ، وجعل من لم يحكم بما أنزل الله كافراً ، وظالما ، وفاسقاً ، فقال جل شأنه : ﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون ﴾ [المائدة : ٤٤] وقال : ﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون﴾ [المائدة : ٤٥] وقال: ﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون﴾ [المائدة : ٤٧]

ومن المتفق عليه بين المفسرين أن من قبلنا استحدثوا لأنفسهم شرائع وقوانين ، وتركوا بالحكم بها بعض ما أنزل الله ، فاعتبرهم الله بعملهم هذا كفاراً وظلمة وفاسقين .

ومن المتفق عليه أيضاً بين المفسرين أن من يستحدث من المسلمين أحكاما غير ما أنزل الله ، ويترك بالحكم بها كل أو بعض ما أنزل الله من غير تأويل يعتقد صحته ، فإنه يصدق عليهم ماقاله الله تعالى كل بحسب حاله ، فمن أعرض عن الحكم بحد السرقة أو القذف أو الزنا لأنه يفضل غيره من أوضاع البشر

(١) أعلام الموقعين جـ ١ ص ٥٨ .

عليه فهو كافر قطعاً ، ومن لم يحكم به لعلة أخرى غير الجحود والنكران فهو ظالم إن كان فى حكمه مضيعاً لحق ، أو تاركا لعدل ، أو مساواة ، وإلا فهو فاسق[١]

٦ - وإذا لم يكن لمؤمن أن يؤمن بغير ما أنزل الله ، أو يقبل حكما غير حكمه ، فليس لمؤمن أن يحاول التوفيق بين ما جاء من عند الله وبين ما يخالفه ، وأن يجمع بين حكم الله وحكم الطاغوت أو حكم الهوى ، فإن ذلك هو الكفر المبرقع والنفاق السافر ، وعلى كل مسلم أن يحارب الدعوة إلى هذا التوفيق ، وأن يعرض عن الداعين إليه ؛ لأن الإيمان بالله و بما جاء من عنده يتنافى مع التوفيق بين ماجاء به الرسول وبين ما يخالفه ، بل الإيمان المحض يقتضى إعلان الحرب الشعواء على كل ما يخالف ما جاء به الرسول من طريقة ، وحقيقة ، وعقيدة ، وسياسة ، ورأى ، حتى يكون الحكم خالصاً لما جاء من عند الله . وحتى تكون كلمة الذين كفروا بما جاء من عند الله السفلى ، وكلمة الله هى العليا[٢] .

ذلك هو حكم الله ، نزل فى الصادّين عن سبيل الله ، الداعين إلى التوفيق بين ما جاء من عند الله وما يخالفه ، وذلك هو قوله تعالى : ﴿ وإذا قيل لهم تعالوا إلى ما أنزل الله وإلى الرسول رأيت المنافقين يصدون عنك صدوداً ، فكيف إذا أصابتهم مصيبة بما قدمت أيديهم ثم جاءوك يحلفون بالله إن أردنا إلا إحسانا وتوفيقاً . أولئك الذين يعلم الله مافى قلوبهم فأعرض عنهم وعظهم وقل لهم فى أنفسهم قولا بليغاً ﴾ [النساء : ٦١ - ٦٣] .

٧ - إن الله نفى الإيمان عن العباد ، وأقسم بنفسه على ذلك ، حتى يحكموا الرسول فيما شجر بينهم من الدقيق والجليل والخطير والحقير ، ولم يكتف فى إثبات الإيمان لهم بهذا التحكيم المجرد ، بل اشترط لاعتبارهم مؤمنين أن ينتفى عن صدورهم الحرج والضيق من قضاء الرسول وحكمه ، وأن يسلموا تسليما ،

---

(١) تفسير المنار الجزء السادس ص ٤٠٥ — روح المعانى للألوسى الجزء السادس ص ١٤٥ - تفسير الطبرى ج ٦ ص ١١٩ — تفسير القرطبي ج ٦ ص ١٥٠ .

(٢) أعلام الموقعين ج ١ ص ٥٧ .

وينقادوا للرســول انقياداً ، والرسول لا يحكم إلا بما أنزل الله وبما أراه إياه فالمؤمن يجب عليه إذن أن يحكم بما أنزل الله ، وأن يؤمن بأنه أصلح الأحكام وأفضلها ، ولوقال الناس إن غيره أصلح منه ؛ لأنه لايكون مؤمنا إلا إذا أطاع طاعة تامة ، وانقاد انقياداً تاماً كاملا لما أمر الله ورسوله ، وذلك قوله تعالى : ﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لايجدوا فى أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما ﴾ [النساء : ٦٥] .

و يستدل الفقهاء بهذه الآية على أن من رد شيئاً من أوامر الله أو أوامر رسوله فهو خارج عن الإسلام ، سواء ردّه من جهة الشك فيه ، أو من جهة ترك القبول ، أو الامتناع عن التسليم ، ولقد حكم الصحابة بارتداد مانعى الزكاة ؛ لأن الله حكم بأن من لم يسلم بما جاء به الرسول ، ولم يسلم بقضائه وحكمه فليس من أهل الإيمان(١)

٨ ـ إن كل ما يخالف الشريعة محرم على المسلمين ، ولو أمرت به أوأباحته السلطة الحاكمة أياكانت ؛ لأن حق الهيئة الحاكمة فى التشريع مقيد بأن يكون التشريع موافقاً لنصوص الشريعة ، متفقا مع مبادئها العامة وروحها التشريعية فإن استباحت الهيئة الحاكمة لنفسها أن تخرج عن حدود وظيفتها ، وأن تصدر قوانين لا تتفق مع الشريعة وتضعها موضع التنفيذ ، فإن عملها لا يحل هذه القوانين المحرمة ، ولا يبيح لمسلم أن يتبعها أو يطبقها ، أو يحكم بها ، أو ينفذها ؛ بل تظل محرمة تحريما قاطعاً على كل مسلم ومسلمة ، ومن واجب الأفراد لامن حقوقهم أن يمتنعوا عن اتباعها ، ومن واجب الموظفين أن يمتنعوا عن تنفيذها ، لأن طاعة أولى الأمر لاتجب لهم استقلالا ، وإنما تجب ضمن طاعة الرسول ، ولا تجب لهم مطلقة ، وإنما تجب فى حدود ما أمر به الله والرسول ، وذلك قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم ، فإن تنازعتم

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢١٤ ـ أعلام الموقعين ج ١ ص ٥٧ ، ٥٨ .

فى شىء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا ﴾ [النساء : ٥٩] فأمر الله بطاعته وطاعة رسوله ، و إعادة فعل الطاعة عند ذكر الرسول يشعر بأن طاعة الرسول تجب له استقلالا سواء كان ما أمر به فى القرآن أو لم يكن فيه ، لأنه أوتى الكتاب ومثله معه ، وحذف فعل الطاعة عند ذكر أولى الأمر دليل على أن طاعة أولى الأمر لا تجب لهم استقلالا و إنما هى فى ضمن طاعة الرسول ، كذلك فإن تقدم طاعة الله وطاعة الرسول يقتضى أن لا يطاع أولو الأمر إلا بعد استيفاء الطاعة لله وللرسول فى كل ما يصدر عن ولى الأمر ، فأولو الأمر يطاعون تبعاً لطاعة الله وطاعة الرسول ، و بعد توفر الطاعة لله ورسوله ، فمن أمر منهم بما يوافق ما أنزل الله على رسوله فطاعته واجبة ، ومن أمر بخلاف ما جاء به الرسول فلا سمع له ولا طاعة [١].

٩ ـ إن السنة بينت حدود الطاعة لأولى الأمر ، ونهت عن طاعتهم فيما يخالف ما أنزل الله ، فصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق » وقال : « إنما الطاعة فى المعروف » . وقال فى ولاة الأمور : « من أمركم منهم بمعصية فلا سمع له ولا طاعة » .

وفى عهد الرسول أمر أحد الأمراء جنوده أمراً فتقاعسوا عن تنفيذه ، فجمع حطباً وأشعل ناراً ، ثم قال لهم : ألم يأمركم الرسول أن تسمعوا لى وتطيعوا ؟ قالوا : بلى . قال : فإنى آمركم أن تدخلوا هذه النار ، فهموا أن يدخلوها فلما بلغ ذلك الرسول قال : « لودخلوها لما خرجوا منها » أى لخلدوا فى النار فى الدار الآخرة ، قال الرسول هذا القول مع أنهم كانوا يدخلونها طاعة لأميرهم وظناً منهم أن ذلك واجب عليهم ، ولكن لما قصروا فى الاجتهاد وبادروا إلى طاعة من أمر بمعصية الله استحقوا أن تكون النار جزاءهم لا يخرجون منها . وإذا كان

---

(١) أعلام الموقعين جـ ١ ص ٥١ ـ تفسير المنار جـ ٥ ص ١٨٠ وما بعدها .

هذا حال من قصر فى الاجتهاد واشتبه عليه الأمر فلم يتثبت منه ، فكيف يكون حال من أطاع أمراً مخالفاً مخالفة صريحة لما أنزل الله ؟ [١].

١٠ - إن إجماع الأمة الإسلامية انعقد بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم على أنه لاطاعة لأولى الأمر إلا فى حدود ما أنزل الله ، فهذا أبو بكر خليفة رسول الله يقول مخاطباً المسلمين بعد مبايعته : أطيعونى ما أطعت الله فيكم ، فإن عصيت فلاطاعة لى عليكم . فجعل رضى الله عنه طاعته مشروطة بطاعة الله ، فإن عمل فى حدود ما أنزل الله وجبت طاعته ، وإن خرج عن هذه الحدود فلا سمع ولاطاعة ، وهؤلاء فقهاء هذه الأمة ومجتهدوها يجمعون على أن طاعة أولى الأمر لاتجب إلا فيما أمر الله ، وأن لا طاعة لهم فيما يخالف ذلك[٢] ولا خلاف بينهم قولا أو اعتقاداً فى أنه لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق ، وأن إباحة المجمع على تحريمه كالزنا والسكر ، واستباحة إبطال الحدود ، وتعطيل أحكام الشريعة ، وشرع مالم يأذن به الله . إنما هو كفر وردة ، وأن الخروج على الحاكم المسلم إذا ارتد واجب على المسلمين ، وأقل درجات الخروج على أولى الأمر عصيان أوامره ونواهيه المخالفة للشريعة[٣] .

١١ - إن أولى الأمر بحسب نصوص الشريعة الإسلامية ليس لهم حق التشريع المطلق للأسباب التى بيناها ، وإن حقهم فى التشريع قاصر على نوعين من التشريع : الأول - تشريعات تنفيذية يقصد بها ضمان تنفيذ نصوص الشريعة الإسلامية . والثانى - تشريعات تنظيمية لتنظيم الجماعة وحمايتها وسد حاجتها على أساس مبادئ الشريعة العامة ، وهذه التشريعات لاتكون إلا فيما سكتت عنه الشريعة فلم تأت بنصوص خاصة فيه ولا يمكن أن تكون فيما نصت عليه

(١) أعلام الموقعين ج ١ ص ٥٧ .

(٢) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٤١ - شرح الدردير ج ٤ ص ٢١٨ - المهذب ج ٢ ص ١٨٩ - حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٢٩ .

(٣) تفسير المنار ج ٦ ص ٣٦٧ - أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢١٤ - روح المعانى للألوسى ج ٥ ص ٦٦ ومابعدها .

الشريعة ، ويشترط فى هذه التشريعات قبل كل شىء أن تكون متفقة مع مبادىء الشريعة العامة وروحها التشريعية ، فهى تشريعات توضع بقصد تنفيذ مبادىء الشريعة العامة ، وإذن فهى فى حقيقتها نوع آخر من التشريعات التنفيذية .

١٢ – إن أولى الأمر حين يتولون التشريع المقيد على الوجه السابق يقومون به إما باعتبارهم خلفاء للرسول أو نواباً عن الجماعة الإسلامية ، فإن كانوا خلفاء للرسول فليس لهم أن يخرجوا على ما جاء به الرسول ؛ لأنهم خلفوه بقصد تنفيذ ماجاء به ، وإن كانوا نواباً عن الجماعة الإسلامية فليس لهم أن يخرجوا على ما تدين به هذه الجماعة وماتؤمن به ، وإلا خرجوا على حدود النيابة ، لأن الجماعة لم تقمهم حكاماً إلا لإقامة الدين ، وحكم الجماعة على أساس الشريعة الإسلامية . فأولى الأمر – أياكان السند الذى يستندون إليه فى حق التشريع – ليس لهم أن يخرجوا على نصوص الشريعة أو مبادئها العامة أو روحها التشريعية .

١٣ – إن الشريعة الإسلامية هى الدستور الأساسى للمسلمين كما تبين مما سبق ، فكل ما يوافق هذا الدستور فهو صحيح ، وكل مايخالف هذا الدستور فهو باطل ، مهما تغيرت الأزمان وتطورت الآراء فى التشريع ؛ لأن الشريعة جاءت من عند الله على لسان رسوله ليعمل بها فى كل زمان وكل مكان ، فتطبيقها ليس محدوداً بزمن ، ولامقصوراً على أشخاص أوأجيال أوأجناس ، وهى واجبة التطبيق حتى تلغى أو تنسخ ، ولايمكن أن تلغى أوتنسخ ؛ لأن القاعدة الأساسية فى الشريعة الإسلامية بل وفى القوانين الوضعية الحديثة أن النصوص لاينسخها إلا نصوص فى مثل قوتها أو أقوى منها ، أى نصوص صادرة من نفس الشارع أومن هيئة لها من سلطان التشريع مثل ما للهيئة التى أصدرت النصوص المراد نسخها ، أو من هيئة يزيد سلطانها التشريعى على سلطان من أصدر النصوص المطلوب نسخها ، فالنصوص الناسخة إذن يجب أن تكون قرآناً أو سنة حتى يمكن أن تنسخ ما لدينا من قرآن وسنة ، وليس بعد الرسول قرآن حيث انقطع الوحى ، ولاسنة حيث توفى الرسول ،

ولا يمكن أن يقال إن ما يصدر عن هيئاتنا التشريعية البشرية فى درجة القرآن والسنة ؛ أو أن لها من سلطان التشريع ما لله والرسول ، ولكن الذى يمكن أن يقال وهو الواقع إن أولى الأمر منا لا يملكون حق التشريع ، وإنما لهم حق التنفيذ أو التنظيم ، فالتشريع من حق الله والرسول ، وقد انتهى عهده بوفاة الرسول ، واستقر أمره بانقطاع الوحى ، والتنفيذ والتنظيم لأولى الأمر ، فلهم أن يصدروا قوانين ولوائح وأوامر تنفيذاً لما شرعه الله ورسوله ، ولهم أن ينظموا الجماعة ويوجهوها طبقا لما شرعه الله ورسوله ، فالله قد تكفل بوضع التشريعات الأصلية وشرع على لسان رسوله نصوصاً وأحكاما أساسيه ، وأوجب على أولى الأمر تنفيذها كما هى ، كما أوجب عليهم أن ينظموا الجماعة ويوجهوها على أساسها ، ولهم فى سبيل أداء هذا الواجب أن يصدروا القوانين ، والمراسيم واللوائح والقرارات التى تضمن تنفيذ هذه التشريعات الأساسية ، وإقامة الجماعة على أساسها ولكن ليس لهم بأى حال أن يعطلوا التشريعات الأساسية أو يلغوها ؛ لأن ذلك خارج عن سلطانهم ولا يتسع له مقدورهم .

وإذا أردنا أن نأتى بتشبيه يقرب هذا المعنى إلى أذهاننا ، قلنا : إن الشريعة تعتبر بمثابة القوانين الوضعية ، وإن ما تصدره الهيئات التشريعية يعتبر بمثابة اللوائح والقرارات التى تصدر لضمان تنفيذ هذه القوانين ، أو قلنا : إن الشريعة تعتبر بمثابة الدستور الوضعى ، وإن ما تصدره الهيئات التشريعية يعتبر بمثابة القوانين الوضعية التى يشترط فيها أن تكون موافقة لنصوص الدستور وغير خارجة عليه وإلا كانت باطلة .

ونخلص من هذا كله بأن القوانين واللوائح والقرارات أدنى مرتبة من القرآن والسنة ، ولا يمكن أن يتغلب القانون الأدنى على القانون الأعلى درجة .

١٤ — إن الدستور المصرى ينص على أن دين الدولة الرسمى هو الإسلام ، ومعنى هذا النص أن النظام الأساسى الذى تقوم عليه الدولة هو الإسلام . وأنه المصدر الذى تأخذ عنه ، والمرجع الذى تنتهى إليه ، والحاكم الذى تأتمر بأمره

وتنتهى بنهيه ، فوجود هذا النص فى الدستور المصرى ، وهو القانون الأولى بالنسبة لغيره من القوانين التى تسنها هيئاتنا التشريعية يقتضى أن نتقيد بنصوص الشريعة الإسلامية فى قوانيننا ، وسياستنا ، وتعليمنا ، وتنظيمنا الداخلى والخارجى ، وفى كل أوجه نشاطنا ، فلا نحل إلا ما أحلته الشريعة ، ولا نحرم إلا ما حرمته ولا نخرج على مبادئ الشريعة وروحها فى تشريعاتنا وأنظمتنا .

ونحن لانذكر هذا النص من الدستور لنستدل به على وجوب تطبيق الشريعة الإسلامية ، وبطلان القوانين المخالفة لها ، وإنما نذكره فقط لنبين ما يقتضيه ويستوى عندنا بعد ذلك أن يعترف الدستور بالدين الإسلامى أو ينكره ، فإن اعتراف الدستور أو إنكاره ليس له قيمة ذاتية ، والعبرة فى هذا الأمر بالواقع وبحكم الدين الإسلامى نفسه ، وحكم الدين الإسلامى : أنه لا قانون للمسلمين غير الشريعة ، وأن الشريعة هى دستورهم وقانونهم الأساسى ، وكل ما خالفها من القوانين الوضعية باطل سواء سمى دستوراً أو قانوناً أو لائحة أو قراراً أو أمراً أو غير ذلك من المسميات ، التى لاتعترف بها الشريعة إلا إذا كانت موافقة لنصوصها وغير خارجة على مبادئها العامة وروحها .

١٥ — إن نظرية الشريعة الإسلامية فى بطلان كل مايخالف القرآن والسنة أو بمعنى آخر كل مايخالف التشريعات الأساسية هى نظرية تعترف بها اليوم كل البلاد التى تطبق القوانين الوضعية ، ولكنها تختلف فى تطبيقها ، فأكثر البلاد المتمدينة ترى بطلان كل قانون أو لائحة أو قرار جاء مخالفاً للدستور ، باعتبار أن الدستور هو التشريع الأساسى لهذه البلاد ، ويجب أن لايصدر قانون أو لائحة أو قرار على خلافه ، ولأن الدستور لا تعدل نصوصه إلا بشروط خاصة ، وبأغلبية خاصة ، لاتشترط فى أى قانون فالهيئة التى شرعت الدستور أعلى من الهيئات التى تشرع القوانين وغيرها . أما أقلية البلاد المتمدينة فلا تأخذ بنظرية البطلان على إطلاقها وتفرق بين القوانين وما دونها من القرارات واللوائح

والأوامر ، فإذا جاء القانون مستوفياً شكله القانونى اعتبر صحيحاً ولو كان مخالفاً للدستور ، أما اللوائح والقرارات والأوامر فتعتبر باطلة إذا جاءت مخالفة للدستور أو للقوانين ولو استوفت شكلها القانونى ، وسند أصحاب هذه النظرية أن القوانين تعتبر عندهم فى درجة الدستور ، لأن الهيئة التشريعية التى تصدر الدستور والقوانين واحدة وسلطانها واحد ، أما الهيئة التى تصدر اللوائح والأوامر والقرارات فهى أقل درجة من الهيئة التى وضعت الدستور والقوانين وسلطانها أقل[1] .

هذه هى نظرية البطلان فى القوانين الوضعية عند من يأخذون بها على إطلاقها ومن يقيدونها ، فإذا طبقناها مطلقة أو مقيدة على البلاد الإسلامية وجب أن نقول ببطلان كل ما يخالف الشريعة الإسلامية سواء استوفى الشكل أو لم يستوفه ؛ لأن الشريعة هى التشريع الأساسى للمسلمين ؛ ولأن شارعها هو الله أجل من أن يقارن بعبادة المشترعين .

وقبل أن نترك هذه النقطة يجب أن نقرر أن الشرائع الوضعية لم تعرف نظرية البطلان هذه إلا حديثاً ، فعمرها فى القوانين الوضعية أقل من قرن ، بينما عرفتها الشريعة الإسلامية من قبل أن تعرفها القوانين الوضعية بأكثر من اثنى عشر قرناً ، ويكفى الشريعة فخراً أن يكون أقدم ما فيها هو أحدث ما فى القوانين ، وأن تكون النظرية التى يهلل لها الناس اليوم ويرون فيها كل الضمان ضد طغيان السلطة التشريعية هى نظرية الشريعة الإسلامية ، وإذا كان الناس يجهلون هذا وغيره عن الشريعة الإسلامية فليس الذنب ذنب الشريعة ، وإنما هو ذنب أهلها الذين لا يعرفون عنها بعض ما يعرفونه عن غيرها .

١٦ ـ إن استيفاء التشريعات المخالفة للشريعة شكلها القانونى لا يمنع من أنها تشريعات باطلة بطلاناً مطلقاً من ناحية الموضوع ، وصحة الشكل لا يمكن أن

---

(١) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ١٠٩ وما بعدها ـ الموسوعة الجنائية جـ ٥ ص ٥٥٨ وما بعدها ـ القانون الجنائى لعلى بدوى ص ١٠٥ .

تؤثر على بطلان الموضوع ؛ لأن صحة الشكل لا تحيل الحرام حلالا ، والباطل صحيحاً ، ومن ثم يجب على القاضى أن لا يطبق التشريعات المخالفة للشريعة ولو استوفت شكلها القانونى .

١٩٤ - مدى بطلان ما يخالف الشريعة : قلنا : إن مايخالف الشريعة من قانون أو لائحة أو قرار باطل بطلانا مطلقاً ، لكن هذا البطلان لا ينصب على كل نصوص القانون أو اللائحة أو القرار ، وإنما ينصب فقط على النصوص المخالفة للشريعة دون غيرها ؛ لأن أساس البطلان هو مخالفة الشريعة فلا يمتد البطلان منطقياً لما يوافق الشريعة من النصوص ولوأنها أدمجت فى قانون واحد أو لائحة واحدة أو قرار واحد مع غيرها من النصوص المخالفة للشريعة . وتعتبر النصوص الموافقة للشريعة صحيحة مادامت قد صدرت من هيئة تشريعية مختصة ، واستوفت الإجراءات الشكلية المقررة .

وإذا كان البطلان قاصراً على النصوص المخالفة للشريعة فإن هذه النصوص لاتعتبر باطلة فى كل حالة ، وإنما هى باطلة فقط فى الحالات التى تخالف فيها الشريعة ، صحيحة فى الحالات التى تتفق فيها مع الشريعة ، وليس هذا بمستغرب مادام أساس الصحة والبطلان راجع إلى موافقة الشريعة أو مخالفتها ، إذ العلة تدور مع المعلول وجوداً وعدماً .

ومن الأمثلة على بطلان النص الواحد فى بعض الحالات وصحته فى بعض الحالات الأخرى جريمة الزنا ، فعقوبتها فى الشريعة رجم الزانى المحصن ، وجلد الزانى غير المحصن ، والزنا شرعا هو إدخال الحشفة أومقدارها فى الفرج ، فما كان دون ذلك فلاحد فيه ، وإنما فيه التعزير ؛ فالشروع فى الزنا ومقدمات الزنا من قبلة وعناق وملامسة كل ذلك لايعاقب عليه بعقوبة الحد ، وهى الرجم والجلد والفعل التام لايعاقب عليه فى بعض الحالات بعقوبة الحد إذا درىء الحد للشبهة أو كان الجانى صغير السن ، وعلى هذا فالجرائم التامة التى يجب فيها الحد لا يجوز

أن تطبق عليهـا نصوص القانون ؛ لأنهـا تخالف حكم الشريعة ، وتعاقب بعقوبة غير عقوبتي الرجم والجلد اللتين توجبهما الشريعة ، أما الجرائم التامة التي درىء فيها الحد ، والجرائم غير التامة ، فالعقوبة عليها هي عقوبة التعزير طبقاً للشريعة . والتعزير من العقوبات التي تتركها الشريعة لتصرف الهيئات التشريعية . ولما كان قانون العقوبات صادراً عن هذه الهيئات ، فإن عقوباته تعتبر تعازير عن الأفعال التي لا يعاقب عليها بعقوبة الحد أي بأية عقوبة مقدرة، ومن ثم تكون نصوص قانون العقوبات باطلة في كل حالة يجب فيها الحد صحيحة في كل حالة تستوجب التعزير .

والسرقة العادية عقوبتها القطع في الشريعة ، وعقوبتها الحبس في القانون ، ولـكن حد القطع لا يجب إلا في سرقة تامة توفرت فيها شروط الحد فإذا لم تكن السرقة تامة ، أو لم تتوفر شروط الحد فالعقوبة هي التعزير ، والعقوبة المقررة في قانون العقوبات هي عقوبة تعزيرية ، ومن ثم تكون نصوص قانون العقوبات الخاصة بالسرقة باطلة في كل سرقة عادية تعاقب عليها الشريعة بالقطع ، وصحيحة في كل سرقة تعاقب عليها الشريعة بالتعزير .

والقذف في الشريعة عقوبته الجلد ثمانين جلدة ، ولـكن القذف المعاقب عليه بعقوبة الحد هو الرمي بالزنا أو نفي النسب ، وماعدا ذلك لا يعتبر قذفا وإنما يعتبر سبا وعقوبته التعزير ، ولما كانت الأجزية في قانون العقوبات تعازير فإن نصوص قانون العقوبات الخاصة بالقذف تعتبر باطلة في كل قذف تعاقب عليه الشريعة بعقوبة الحد ، وتعتبر صحيحة في كل قذف أو سب تعاقب عليه الشريعة بعقوبة التعزير إلا فيما يختص بالمنع من إثبات القذف فإن الشريعة لا تمنع القاذف من إثبات ما قذف به بينما القوانين تمنع ذلك[1] .

---

(١) راجع الفقرة ٢٤٠ - إثبات القذف حق للقاذف ، وقانون العقوبات المصري لا يمس الحقوق الشرعية طبقا للمادة السابعة منه .

١٩٥ ـ ما يترتب على بطلان النصوص المخالفة للشريعة : يترتب على اعتبار النصوص المخالفة للشريعة باطلا بطلانا مطلقا نتائج هامة نبينها فيما يلى : ـ

أولا ـ من وجهة تطبيق النصوص الباطلة : ـ يجب على القاضى أن لا يطبق النصوص القانونية الباطلة فى حالات البطلان ، وعليه أن يطبقها فقط فى حالات الصحة ، وليس للقاضى أن يحتج بأى القوانين لا تخوله حق الفصل فى صحتها و بطلانها مرتكنا فى ذلك إلى نفس هذه القوانين ، فإن سلطة القاضى فى إبطال ما يخالف الشريعة تأتى من الشريعة لا من القوانين المخالفة لها .

ويستوى أن يحكم القاضى ببطلان النص المخالف أو يكتفى بالامتناع عن تطبيقه لبطلانه ؛ لأن القاضى لابد أن يبين فى حكمه سبب امتناعه عن تطبيق النص وهو البطلان ، وهذا البيان يساوى تماما الحكم بالبطلان ولو جاء فى أسباب الحكم فقط ولم يدخل فى منطوقه ، لأنه سبب جوهرى . والأسباب الجوهرية تعتبر جزءاً من منطوق الحكم .

وليس للقاضى أن يحكم بالبراءة بحجة بطلان النص المطلوب تطبيقه على الواقعة ، أو بحجة أنه مكلف طبقاً للقانون أن يحكم بعقوبة معينة فإن لم يحكم بها فعليه أن يبرىء المتهم . ليس للقاضى ذلك ؛ لأن القول بالبطلان أساسه أن الشريعة تمنع من تطبيق غير أحكامها ، وتوجب أن يعاقب مرتكب الجريمة بالعقوبات التى قررتها ، فإذا أخذنا بحكم الشريعة فى بطلان نص القانون استلزم ذلك الأخذ بحكم الشريعة فى عقوبة الواقعة ، فيجب إذن أن لا يحكم القاضى بالبراءة ، وأن يحكم بالعقوبة المقررة فى الشريعة الإسلامية ما دام مختصا بنظر الجريمة .

وإذا اقتنع القاضى ببطلان النصوص المخالفة للشريعة وجب عليه أن يطبق حكم الشريعة ، وليس يهمه بعد ذلك أن ينفذ حكمه أو لا ينفذ ما دام قد أدى واجبه وفعل ما يعتقده حقاً ، فضلا عن أن التنفيذ ليس من اختصاصه ، بل هو

من اختصاص السلطة التنفيذية ، وهى ملزمة بتنفيذ أحكام القضاء كلما كانت نهائية أو واجبة التنفيذ ، فإذا أصبح حكم القاضى نهائيـــا اضطرت السلطة التنفيذية لتنفيذه .

ثانيا — من وجهة الاختصاص : — وليس للقاضى أن يحكم بعدم اختصاصه بنظر الجريمة المعروضة عليه ؛ لأنه مختص بنظرها طبقاً لنص القانون الجنائى الذى أصدرته الهيئة التشريعية . ولأن النصوص التى تحدد الاختصاص صحيحة إذا صدرت ممن يملك توزيع الاختصاص ، ولا عبرة بما كان عليه العمل قديما عند نظر جرائم الحدود فإن القضاء فى الشريعة الإسلامية يتخصص بالزمان والمكان ، ولولى الأمر طبقا للشريعة سلطة توزيع الاختصاص القضائى ، وقد وزعه فيما يختص بالجرائم على المحاكم الجنائية بالشكل الوارد فى القوانين .

و إذا كان توزيع الاختصاص بين المحاكم الجنائية قائما أصلا على أساس جسامة العقوبة إلا أن المشرع قد بين بشكل قاطع الجرائم التى تختص بها كل محكمة وما دامت القوانين الجنائية لم تذكر شيئا عن عقوبات الشريعة فلننظر إلى الجريمة ذاتها ، فإن كانت من اختصاص المحاكم الجزئية اعتبر القاضى نفسه مختصا ويحكم بالعقوبة المقررة فى الشريعة بدلا من العقوبة التى جاء بها القانون ولا تقرها الشريعة ، على أساس أن المشرع رضى له أن يحكم بالعقوبة المقررة لهذه الجريمة على كل من ارتكبها ، وجعل الحكم بعقوبتها من اختصاصه .

وعلى هذا يكون القاضى الجزئى مختصا بنظر قضايا السرقة العادية ، والقذف ، والشرب ، أما السرقة المصحوبة بإكراه أو تهديد ، والسرقة التى ترتكب فى الطريق العام ، وهى ما يسمى فى الشريعة بقطع الطريق أو الحرابة ، فهذه من اختصاص محاكم الجنايات لسببين . أولها : أن الفعل المكون للجريمة جعل نص القانون من اختصاص محاكم الجنايات : وثانيهما : أن الشريعة نصت على القتل فى بعض هذه الجريمة والقتل عقوبة لا يحاكم بها إلا محاكم الجنايات طبقا للقانون .

أما جريمة الزنا فإن كانت من غير محصنين نظرنا إلى الفعل المنسوب إليهما ، فإن كان القانون قد جعله من اختصاص محكمة الجنح حوكم المتهمان أمام هذه المحكمة ، وإن كان قد جعله من اختصاص محكمة الجنايات حوكم المتهمان أمامها ، ويمكن القول بأنه لا داعى لاختصاص محاكم الجنايات فى الزنا من غير محصنين ؛ لأن اختصاص هذه المحاكم كان أساسه توقيع عقوبة خاصة تخالف العقوبة التى توقعها محكمة الجنح ، فإذا كان الفعل لا يعاقب عليه فى الشريعة إلا بعقوبة واحدة هى الجلد ، كان من المعقول أن تكون محكمة الجنح هى المختصة ، ما دامت تختص بتوقيع عقوبة الجلد على الزنا فى بعض الصور .

وإذا كان الزنا من محصنين فالجريمة من اختصاص محاكم الجنايات ؛ لأن العقوبة المقررة للزنا هى الرجم أى القتل بطريق معين ، والحكم بعقوبة القتل من اختصاص محاكم الجنايات ، وليس من اختصاص القاضى الجزئى . وإذا كان أحد الزانيين غير محصن ، فالاختصاص لمحاكم الجنايات أيضاً ؛ لأن فعل الزنا لا يمكن تجزئته ، ووحدة الفعل المنسوب للزانيين تقتضى أن يحاكما عليه أمام محكمة واحدة ؛ ولأن القاضى الجزئى لا يملك عقاب الزانى المحصن، وإن كان له أن يعاقب الزانى المحصن . أما محكمة الجنايات فتملك عقاب الزانى المحصن بالرجم وتملك أن تعاقب بما هو أدنى من الرجم كالجلد ؛ لأن من يملك الأكثر يملك الأقل .

ثالثاً — من وجهة تطبيق القوانين بصفة عامة : يترتب على الأخذ بنظرية البطلان أن لا يطبق من أحكام القوانين الوضعية جنائية ، أو مدنية ، أو تجارية أو دولية إلخ . إلا الأحكام التى تتفق مع نصوص الشريعة ، إذا كانت الشريعة قد نصت صراحة على أحكام خاصة ، أو الأحكام التى تتفق مع مبادئ الشريعة العامة وروحها التشريعية ، إذا لم تكن الشريعة قد نصت على أحكام خاصة . أما الأحكام المخالفة للشريعة فتهمل إهمالا تاماً ، وتحل محلها أحكام الشريعة مع مراعاة اختيار الآراء الشرعية التى تنسجم مع نصوص القوانين الصحيحة .

ولايشترط لصحة نصوص القوانين أن تكون أحكامها موافقة لمذهب معين في الشريعة كالمذهب الحنفي مثلا أو المالكي ، بل يكفي لاعتبار حكم القانون صحيحاً أن يكون موافقاً لرأى أحد المجتهدين من فقهاء الشريعة ، إذ أن اختيار المشرع لحكم متفق مع مذهب شرعى يعتبر أخذاً بالمذهب المتفق مع هذا الحكم .

وإذا كان بعض الحكم متفقاً مع الشريعة وبعضه مخالفاً لها فالمخالف باطل ، ويحل محله حكم الشريعة الذى ينسجم مع بقية الحكم الذى لم يبطل دون حاجة للتقيد بمذهب شرعى معين .

وعلى هذا الأساس يمتنع التنافر بين النصوص ، ويكون هناك تناسق بين النصوص الشرعية والنصوص القانونية ، على أن هذا لايمنع المشرع فيما بعد من اختيار النظريات الشرعية التى تتفق مع حالتنا الاجتماعية ، وتعديل القوانين تعديلا شاملا على أساس هذه النظريات .

رابعاً ـ من وجهة تطبيق الشريعة : يترتب على بطلان النصوص القانونية المخالفة للشريعة أن تطبق المحاكم فى الحال نصوص الشريعة الإسلامية دون حاجة لتدخل من الهيئة التشريعية ، كما يترتب على البطلان أن تلتزم الهيئة التشريعية حدود الشريعة فيما تصدره من قوانين ولوائح وقرارات جديدة .

١٩٦ ـ مدى التغييرات التى ستترتب على الأخذ بنظرية البطلان :

يترتب على الأخذ بنظرية البطلان عدم تطبيق النصوص المخالفة للشريعة وإحلال نصوص الشريعة محلها ، ولن يؤدى تطبيق أحكام الشريعة إلى إحداث تغيير كبير فى أوضاعنا القانونية ؛ لأن معظم النصوص القانونية لا تختلف عن أحكام الشريعة ، وإذا خالف بعض النصوص ما يقول به بعض الفقهاء فإن هذه النصوص تتفق مع ما يقول به البعض الآخر من الفقهاء ، وسنكتفى هنا

ببيان التغييرات التى تصيب قانون العقوبات[١] وهى ترتبط إلى حد كبير بنوع الجريمة ، وتختلف بحسب ما إذا كانت الجريمة من جرائم الحدود ، أو جرائم القصاص والدية ، أو جرائم التعازير .

١٩٧ ـ أولا : فى جرائم الحدود : جرائم الحدود معدودة فى الشريعة وهى على سبيل الحصر سبع جرائم : الزنا ، القذف ، الشرب ، السرقة ، الحرابة ، الردة ، البغى . وتعاقب الشريعة على هذه الجرائم بعقوبات معينة تسمى حدوداً ، ويشترط لعقوبة الحد أن تكون الجريمة تامة ، وأن لا يكون هناك مانع شرعى من توقيع العقوبة ، فإذا توفر هذان الشرطان فلابد من عقوبة الحد . وفى هذه الحالة يجب تطبيق نصوص الشريعة ، وتبطل نصوص القانون ويمتنع تطبيقها . أما فى الحالات التى لا يعاقب فيها على هذه الجرائم بعقوبة الحد كأن كانت الجريمة تامة ولم تستوف شروط العقوبة ، أو درئ الحد للشبهة ، أو كانت الجريمة شروعا ، فالعقوبة فى هذه الحالات طبقاً للشريعة هى عقوبة التعزير ، والتعزير يرجع فيه إلى ولىّ الأمر ، ونصوص قانون العقوبات ليست إلا تعازير مقررة ممن يملك حق تقريرها ، فيكون قانون العقوبات هو الواجب التطبيق فى هذه الحالات ، وإذن فقانون العقوبات لن يعطل إلا فى جرائم الحدود التامة المستوفية لشروط الحد ، وهذا القول ينطبق على كل جرائم الحدود عدا جريمة الردة فلها حكم خاص .

الردة : تعتبر الشريعة الردة جريمة ماسة بالنظام العام ، وتعاقب عليها بعقوبة القتل ، وعقوبة الردة لا يمكن إسقاطها بحال فى الشريعة ، أما قانون العقوبات

---

(١) رأينا الاكتفاء هنا ببيان التغييرات التى تصيب قانون العقوبات المصرى نتيجة للأخذ بنظرية البطلان ؛ لأن هذا الكتاب خاص بالجريمة والعقوبة ، ونستطيع بعد أن عرفنا أساس البطلان أن نعرف النصوص المدنية الباطلة ومدى بطلانها ، وأن نعرف النصوص الباطلة فى قوانين الإجراءات ومدى بطلانها ، وهكذا نستطيع كلما عرفنا حكم الشريعة وحكم القانون أن نقول : إن حكم القانون باطل إذا كان مخالفاً للشريعة ، وإنه صحيح إذا كان موافقا للشريعة .

فلا يعتبر الردة جريمة ، ولا يعاقب عليها ، ولما كان كل ما يخالف الشريعة باطلا فقد وجب تطبيق حكم الشريعة على كل مرتد ، والحكم عليه بالعقوبة المقررة طبقاً للشريعة ، ولو أن قانون العقوبات المصرى لم يذكر عن الردة شيئاً .

وهذا القول إذا أمكن تقريره من الوجهة النظرية فإن من الصعب عملا تنفيذه ، فليس فى الإمكان محاكمة المرتد والحكم عليه إلا إذا عرض أمره على القضاء ، وعرض الجرائم على القضاء مقيد بإجراءات خاصة تتخذها النيابة العمومية ، وعلى هذا فسيظل نص الردة الشرعى معطلا حتى ترى النيابة العمومية تنفيذه ، على أن جريمة الردة يمكن أن تعرض على القضاء بصورة عكسية ، فالشريعة تهدر دم المرتد ولا تعاقب قاتله ؛ لأنه أتى فعلا مباحا ، فإذا قتل المرتدَّ إنسانٌ وعرض أمر القاتل على القضاء وجب على القاضى أن يبرئه ؛ لأنه قتل نفساً غير معصومة ؛ ولأن الشريعة تجعل من واجب كل إنسان لا من حقه أن يقتل المرتد . وهذا الواجب ليس فرض عين وإنما هو من فروض الكفاية إذا قام به فرد سقط عن الآخرين .

١٩٨ـ ثانياً : **فى جرائم القصاص والدية** : يدخل تحت هذا النوع من الجرائم القتل العمد ، والقتل شبه العمد ، والقتل الخطأ ، والجرح العمد ، والجرح الخطأ ، ولكل جريمة حكمها .

القتل العمد : الأصل فى الشريعة هو أن يعاقب بالقصاص على القتل العمد ، سواء كان القتل مقترنا بسبق إصرار وترصد ، أو غير مقترن ، وسواء كانت هناك ظروف مخففة أو لم تكن ، ولا تجيز الشريعة للقاضى أن يخفف العقوبة أو يستبدل بها غيرها ، أما القانون المصرى فيعاقب بالإعدام على القتل المقترن بسبق إصرار أو ترصد ، وعلى القتل بالسم ، وعلى القتل المقترن بجريمة أخرى ، وفيما عدا ذلك فالعقوبة على القتل هى الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة ، ويجيز القانون المصرى فى كل الأحوال تخفيف العقوبة ، واستبدال غيرها بها إذا

كانت الظروف تدعو للتخفيف ، وهذا الخلاف الظاهر بين الشريعة والقانون المصرى يقتضى الأخذ بنصوص الشريعة دائماً فى الحالات التى توجب فيها الشريعة القصاص ، فيحكم القاضى بالقصاص فى كل هذه الحالات ، ويمتنع عليه أن يحكم بعقوبة أخرى .

وتجيز الشريعة لولىِّ المجنى عليه أن يعفو عن القصاص ، فإذا عفا سقطت عقوبة القصاص ، ولولى الدم إما العفو مجانا ، وإما إلى الدية أو مقابلها ، فإذا عفا على الدية وجبت الدية على الجانى ، وكان على القاضى أن يحكم بها ، ويجب فى حالة العفو على الدية والعفو مجانا أن يحكم على الجانى بعقوبة تعزيرية، طبقاً لرأى مالك[١] أما أبو حنيفة[٢] والشافعى[٣] وأحمد[٤] فلا يوجبون التعزير فى حالة العفو ولكن ليس لديهم ما يمنع من التعزير إن اقتضته المصلحة العامة . والقانون المصرى لا يجعل لعفو أولياء المجنى عليه أثراً على العقوبة المقررة ، ولكن العفو يمكن اعتباره ظرفا قضائياً مخففا يؤدى إلى تخفيف العقوبة ، أو استبدال غيرها بها طبقاً للمادة ١٧ من قانون العقوبات المصرى ، وهذا الذى أخذ به القانون المصرى يتفق مع مذهب الإمام مالك حيث يرى عند العفو أن تستبدل بعقوبة القصاص عقوبة التعزير . فكأن المشرع المصرى قد أخذ بمذهب مالك فى هذه المسألة ، وعلى هذا يجب فى حالة العفو على الدية الحكم بها وبعقوبة تعزيرية ، وفى حالة العفو مجاناً يجب الحكم بعقوبة تعزيرية ، ولما كانت العقوبات المقررة فى قانون العقوبات هى عقوبات تعزيرية ، فيجب الحكم بالعقوبات المقررة فيه للقتل فى حالة العفو إلا عقوبة الإعدام ؛ لأن الإعدام هو عقوبة القصاص وهى تسقط بالعفو طبقا للشريعة ، وللقاضى فى هذه الحالات أن يراعى الظروف المخففة

---

(١) مواهب الجليل الجزء السادس ص ٢٦٨ .
(٢) بدائع الصنائع الجزء السابع ص ٢٤٦ .
(٣) المهذب الجزء الثانى ص ٢٠١ وما بعدها .
(٤) المغنى الجزء التاسع ص ٤٦٧ .

ويقدرها طبقاً لنص المادة ١٧ عقوبات ؛ لأن الشريعة تبيح ذلك للقاضى فى عقوبات التعازير .

وفى بعض الحالات يمتنع القصاص فى القتل العمد ، طبقا للشريعة كحالة قتل الأب ولده ، وحالة القتل الحاصل من حدث ، والقاعدة أن الدية تحل محل القصاص كلما امتنع القصاص لسبب من الأسباب الشرعية ، وما قيل فى حالة العفو عن القصاص يقال مثله عن حالة امتناع القصاص .

وخلاصة ما تقدم : أن نصوص القانون تعطل كلما كان القصاص واجبا ، طبقا للشريعة ، وأن نصوص القانون تطبق فى حالة العفو وامتناع القصاص ، سواء وجبت الدية أو لم تجب ، ولا يعطل من هذه النصوص إلا مايقضى بالإعدام عقوبة للجريمة ، وهذا هو نفس الأساس الذى كان يقوم عليه قانون العقوبات المصرى قبل تعديل سنة ١٩٠٤ .

الشروع فى القتل : يختلف حكم الشروع فى القتل تبعاً لأثر الشروع ، فإن كان الشروع قد أحدث أثراً[١] يقتص منه فالعقوبة القصاص ، وإن أحدث أثراً لايقتص منه ، أو أثراً يمتنع فيه القصاص . فالعقوبة الدية أو الأرش ، والأصل عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد أنهم يكتفون بهذه العقوبات ولا يوجبون معها التعزير ، لكنهم يجيزون اجتماع التعزير مع الحدود إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة . وأما مالك فيوجب التعزير مع القصاص أو الدية[٢] . وعلى هذا يجب أن تطبق عقوبات القانون مع عقوبات الشريعة ، كلما أوجبت الشريعة القصاص أو الدية أو الأرش ، مادام الفقهاء لا يمنعون جمع عقوبة الحد مع عقوبة التعزير ، ومادام أولو الأمر قد أوجبوا عقوبات تعزيرية معينة هى العقوبات التى نص عليها

---

(١) قصدنا بالأثر معناه العام فيدخل فيه الشجاج والجراح وقطع الأطراف وإتلاف معانيها .

(٢) مواهب الجليل الجزء السادس ٢٤٧ — شرح الدردير الجزء الرابع ص ٢٢٤ .

قانون العقوبات ، وللقاضى أن يراعى الظروف فيخفف العقوبة التعزيرية أو يشددها ؛ لأن ذلك حقه طبقا للشريعة والقانون معا .

أما الشروع الذى لم يترك أثراً فعقوبته فى الشريعة التعزير ، ومن ثم تطبق عليه نصوص قانون العقوبات ؛ لأن عقوباته تعزيرية .

القتل شبه العمد : يختلف الفقهاء فى القتل شبه العمد ، فأبو حنيفة والشافعى وأحمد يعترفون به ، ومالك ينكره ولا يرى القتل إلا عمداً أو خطأ ولا وسط بينهما . والقائلون بالقتل شبه العمد يقررون أن عقوبته الدية فقط ، ولكنهم مع هذا يجيزون أن يجتمع التعزير مع الدية ، فطبقا لرأيهم تطبق نصوص القانون فى القتل شبه العمد مع نصوص الشريعة ، مادام ولى الأمر يوجب التعزير فيه .

وإذا طبقنا نظرية مالك التى تجيز الجمع بين القصاص والدية وبين التعزير فى الجراح ، كان من المنطق أن نقول بوجوب الجمع بين الدية و بين التعزير فى القتل شبه العمد ؛ لأنه إذا صح أن يعاقب الجارح والضارب بالقصاص أو الدية مع التعزير ، فأولى أن يعاقب الجارح أو الضارب بالدية مع التعزير إذا أدى جرحه أو ضربه للموت ، ولا يقدح فى هذه النتيجة أن مالكا لا يعترف بالقتل شبه العمد ؛ لأن هذه النتيجة التى خلصنا إليها هى منطق نظرية مالك فى الجمع بين الحد والتعزير فى الجراح ، وليست منطق نظريته فى إنكار شبه العمد . وإذن فآراء الأئمة جميعاً تؤدى إلى تطبيق نصوص الشريعة مع نصوص القانون المصرى فى وقت واحد على القتل شبه العمد ، ولا يمنع هذا القاضى من أن يخفف العقوبة التعزيرية طبقاً للمادة ١٧ عقوبات أو طبقاً لنصوص الشريعة .

القتل الخطأ : عقوبة القتل الخطأ فى الشريعة الإسلامية هى الدية المخففة ، ولم يقل أحد من الفقهاء بوجوب التعزير مع الدية كما قيل ذلك فى القتل العمد ؛ لأن طبيعة العمد تختلف عن الخطأ ، ولكنهم جميعاً يجيزون اجتماع التعزير مع الحد ، وعلى هذا يجب أن تطبق عقوبة الشريعة والعقوبة القانونية كما هو

الحال فى القتل شبه العمد مادام أولو الأمر قد أوجبوا التعزير .

الجراح فى العمد والخطأ : تعاقب الشريعة على الجراح المتعمدة بالقصاص كلما أمكن القصاص لقوله تعالى : ﴿ والجروح قصاص ﴾ وتعاقب بالقصاص فى إتلاف الأطراف كلما كان القصاص ممكناً ، فإذا لم يمكن قصاص فالعقوبة الدية أو الأرش ، أو الحكومة . ويوجب مالك أن يجتمع التعزير مع الدية أوالقصاص تأديباً للجانى ، أما بقية الأئمة فيجيزون الجمع ولا يوجبونه ، فطبقا لرأى مالك لا تعطل نصوص قانون العقوبات بل تطبق مع القصاص أو الدية كاملة أوناقصة وطبقاً لرأى بقية الأئمة يجمع بين القصاص أو الدية ، وبين العقوبة القانونية مادام أولو الأمر قد أوجبوا التعزير ، وعلى هذا فآراء الجميع لاتتعارض مع نصوص القانون المصرى ، ولا تؤدى إلى إبطالها .

أما جراح الخطأ فعقوبتها الدية أوالأرش أوالحكومة ، وحكمها حكم القتل الخطأ ومن ثم يجب فيها تطبيق نصوص قانون العقوبات وتطبيق نصوص الشريعة فى وقت واحد .

الضرب الذى لا يترك أثراً : تعاقب الشريعة على الضرب الذى لا يترك أثراً بالتعزير ، ولما كانت العقوبات المنصوص عليها فى قانون العقوبات هى عقوبات تعزيرية فإن نصوص قانون العقوبات لن تعطل فى هذه الحالة .

١٩٩ ـ ثالثاً : **فى جرائم التعازير** : علمنا مما سبق[(١)] أن الشريعة الإسلامية لم تنص على كل جرائم التعازير ولم تحددها كما فعلت فى جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، وأنها نصت على بعض جرائم التعازير وتركت القسم الأكبر منها لأولى الأمر ، وجعلت لهم أن يحرموا إتيان بعض الأفعال أو يوجبوا إتيان بعض الأفعال ، بقصد صيانة الجماعة وتنظيمها ، والمحافظة على أمنها

(١) راجع الفقرة ٥١ و ٩٣ وما بعدها .

ونظامها ، ويشترط أن لا يحرجوا فيما يحرمون فعله أو يوجبون فعله على نصوص الشريعة ، أو مبادئها العامة . أو روحها التشريعية .

والقاعدة العامة التى تأخذ بها الشريعة فى العقاب على جرائم التعازير : أنها حددت مجموعة من العقوبات التعزيرية تبدأ بأخف العقوبات وتنتهى بأشدها ، وتركت للقاضى أن يختار من هذه المجموعة العقوبة أو العقوبات التى يراها ملائمة للجريمة والمجرم .

وإذا كانت تلك هى القاعدة العامة التى سارت عليها الشريعة فى جرائم التعازير التى نصت عليها ، إلا أنه ليس فى الشريعة مايلزم أولى الأمر بالسير على هذه القاعدة فى الجرائم التى تركت لهم الشريعة تحديدها ، بل ليس فى الشريعة ما يمنع أولى الأمر من أن يجعلوا لكل جريمة تعزيرية حرمتها الشريعة أوحرمها أولو الأمر ، عقوبة معينة يلزم القاضى توقيعها إذا ثبتت الجريمة ، أو يجعلوا لكل جريمة عقوبتين يختار القاضى إحداهما ، كذلك ليس فى الشريعة ما يمنع أولى الأمر من تعيين الحد الأدنى للعقوبة ، بحيث لا يستطيع القاضى أن ينزل عنه ، وهذا الذى لا تمنع منه الشريعة هو الذى عمل به فى قوانين العقوبات .

ولما كانت نصوص قانون العقوبات واللوائح والقرارات التى تعين الجرائم وتعاقب عليها قد وضعت بمعرفة أولى الأمر ، فإن الجرائم التى تنص عليها تعتبر طبقاً للشريعة جرائم تعزيرية ، كلما كانت متفقة مع نصوص الشريعة أوغير خارجة على مبادئها العامة وروحها التشريعية .

ويلاحظ أن القوانين الجنائية وضعت فى البلاد الإسلامية دون أن يراعى واضعوها نصوص الشريعة ، بل إنهم تعمدوا إغفال النصوص الشرعية إغفالا تاما ، وبهذا خرج أولو الأمر عن حدود وظيفتهم ، وهذا الخروج إذا كان لا يؤدى إلى بطلان كل عملهم ، فإنه يؤدى إلى بطلان كل ما يصدر عنهم مخالفاً للشريعة .

وقد ترتب على إغفال أولى الأمر لنصوص الشريعة من ناحية ، وعلى مالهم من حق التشريع من ناحية أخرى ، أن أصبح لدينا ثلاثة أنواع من جرائم التعازير : ـ

النوع الأول : جرائم نصت عليها الشريعة ولم تنص عليها القوانين واللوائح ، مثل جريمة أكل الميتة والدم ولحم الخنزير ، وجريمة البيوع الربوية ، والامتناع عن إخراج الزكاة ، ومخالفة أحكام العدة ، ومخالفة الهيئات المشروعة للعبادات كالجهر فى صلاة الإسرار ، والإسرار فى صلاة الجهر ، وكالزيادة فى الصلاة .

النوع الثانى : جرائم نصت عليها الشريعة ونصت عليها القوانين واللوائح . وهذه الجرائم قسمان : قسم لا تختلف فيه الشريعة عن القوانين كجرائم تطفيف الكيل والوزن وخيانة الأمانة والرشوة ، وقسم تختلف فيه الشريعة عن القانون كجريمة الربا ، فالشريعة تعاقب على الربا فى كل صُوَره ، أما القانون فلا يعاقب إلا على الربا الفاحش بشروط وقيود خاصة ، وكجرائم المقامرة والمراهنة ، فإن الشريعة تحرمها تحريما مطلقاً ، بينما تحرمها القوانين فى حالات خاصة .

النوع الثالث : جرائم نصت عليها القوانين واللوائح ولم تنص عليها الشريعة ، وهذه الجرائم قسمان : ـ قسم يقوم على مبادىء تتفق مع مبادىء الشريعة العامة وروحها التشريعية ، كمخالفات السيارات والتعليم ، ومثل الأفعال التى قصد من تحريمها تنظيم الجماعة ، كقوانين تنظيم المهن ، أو التى قصد من تحريمها تحقيق مصلحة عامة ، كمكافحة الآفات والأمراض . وقسم يقوم على مبادىء تخالف نصوص الشريعة وتتنافى مع مبادئها العامة وروحها التشريعية ، ومن الأمثلة على ذلك : الجرائم التى نصت عليها لائحة بيوت الدعارة ، فالمبدأ الذى قامت عليه هذه اللائحة هو إباحة الزنا والترخيص به رسميا ، وقد وضعت اللائحة لتنظيم مبدأ الإباحة ، بينما الشريعة تحرم الزنا فى كل صوره تحريما مطلقا . ومن أمثلة هذا القسم : الجرائم التى نصت عليها القوانين التى تنظم تقطير الخمور و بيعها وتقديمها ،

فإن المبدأ الذى تقوم عليه هذه القوانين هو إباحة شرب الخمر وقد وجدت هذه القوانين لتنظيم هذا المبدأ ، بينما الشريعة تحرم شرب الخمر تحريماً عاماً .

٢٠٠ — مدى حقوق أولى الأمر فى التحريم والعقاب : قلنا فيما سبق إن أولى الأمر أغفلوا نصوص الشريعة الإسلامية إغفالا تاماً حين وضعوا قانون العقوبات والقوانين واللوائح الملحقة به ، ونستطيع أن نستدل على هذا الإغفال فى مصر ، بأن الشارع المصرى نص فى لائحة ترتيب المحاكم على أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص ، وكرر هذا النص عند إصدار الدستور المصرى حيث ضمنه إياه[1] وجمع الشارع الجرائم والعقوبات ، والقواعد العامة للجريمة والعقاب فى كتاب واحد سماه قانون العقوبات ، أصدره وأوجب العمل به ، وجعل لكل جريمة عقوبة أو اثنتين على الأكثر ، وجعل للعقوبة حداً أدنى واحداً أعلى ليس للقاضى أن يتجاوزه ، ومنع إيقاف تنفيذ العقوبة إلا بتوفر شروط معينة . وقد قصد الشارع المصرى من كل هذا أن لا يعاقب إلا على ما نص عليه هو من الأفعال المحرمة فى الحدود التى حددها ، وبالعقوبات التى عينها ، واعتبر كل ما عدا ذلك من الأفعال مباحاً ولو كانت الشريعة تنص صراحة على تحريمه والعقاب عليه ، كالربا فالشريعة تحرمه فى كل أنواعه وصوره

---

(١) نص الدستور المصرى على أنه لا جريمة ولا عقوبة بلا نص . متأثراً فى ذلك بالدساتير الأوربية ، ولا شك أن واضعى الدستور قصدوا من هذا النص ما قصده واضعوا الدساتير الأوربية ، أى قصدوا أن لا يعترفوا إلا بالجرائم والعقوبات المنصوص عليها فى القوانين الوضعية ، لكن هذا النص المصرى يتضارب مع نص أساسى من نصوص الدستور المصرى ، وهو النص الذى يقضى بأن دين الدولة الرسمى هو الإسلام ؛ لأن التزام الدولة الإسلام ديناً لها معناه التزامها الشريعة الإسلامية شريعة لها ، إذ الشريعة الإسلامية هى مجموعة القواعد التشريعية التى جاء بها الإسلام وأوجبها ، فإذا فسرنا النص الأول كما يفسر فى الدساتير الأوربية كان معنى ذلك إهمال النص الثانى وإبطاله وعدم الاعتراف بالإسلام والشريعة الإسلامية ، وإذا أوجبنا العمل بالنص الثانى باعتبار أنه أساسى يقوم عليه كيان الدولة ونظامها العام ، وجب أن نفسر النص الأول التفسير الذى يرفع التناقض بأن نقول إنه يسرى على الجرائم التى نصت عليها الشريعة والقوانين معاً .

وأياً كان مقداره ، أما القانون فلا يحرم الربا إلا فى صور خاصة ، و بشروط معينة ، وكتحريم الميتة والدم ولحم الخنزير ، فالشريعة تحرم تناول هذه الأشياء وتعاقب على تناولها ، والقانون لا يحرمها ولا يعاقب عليها . و بالإجمال فإن الشارع أهمل النصوص الشرعية ولم يقم على تنفيذها ، واكتفى بإقامة ما نص عليه فى قانون العقوبات وما ألحق به من قوانين ولوائح .

هذا هو الذى فعله الشارع فى مصر ، وقد فعل مثله فى غير مصر من البلاد الإسلامية ، فهل فى قواعد الشريعة ما يبرر فعل الشارع ، وإلى أى حد يمكن أن يوصف عمله بالصحة أو البطلان ؟ وسنستطيع الإجابة على هذا السؤال إذا عرفنا حقوق ولى الأمر فى الشريعة ، ومدى هذه الحقوق. ومن المسلم به فى الشريعة أن لولى الأمر فى تعيين الجرائم والعقاب عليها ثلاثة حقوق :

٢٠١ ـ الحق الأول : **حق التحريم والإيجاب والعقاب** : لولى الأمر أن يحرم إتيان أفعال معينة أو يوجب إتيان أفعال معينة ، وأن يعاقب على مخالفة الأمر الذى حرم الفعل أو أوجبه . وإذا كان لولى الأمر حق العقاب فله أن يعاقب على الجريمة بعقوبة واحدة أو بأكثر ، وأن يحدد مبدأ العقوبة ونهايتها .

وولى الأمر مقيد فى استعمال هذا الحق بعدم الخروج على نصوص الشريعة ، أو مبادئها العامة ، أو روحها التشريعية ، وبأن يكون قصده فى التحريم والإيجاب والعقاب تحقيق مصلحة عامة ، أو دفع مضرة أو مفسدة . وعلى هذا فعمل ولى الأمر صحيح كلما كان فى حدود حقه ، فإن خرج عن هذه الحدود فهو باطل فيما خرج فيه عن حدود حقه وصحيح فيما عدا ذلك . فليس لولى الأمر أن يهمل نصوص الشريعة ، أو أن يمنع تطبيقها ، فإن فعل فعمله باطل ، وإذن فالجرائم التى نصت عليها الشريعة ولم تنص عليها القوانين يجب العقاب عليها كلما ارتكبت ؛ لأن النصوص التى حرمتها لم تنسخ وليس لولى الأمر حق نسخها ، والجرائم التى نصت عليها الشريعة والقوانين يؤخذ فيها دائماً بحكم الشريعة كلما اختلفت مع القانون ؛ لأن كل نص

قانونى يخالف الشريعة باطل فيما جاء به من خلاف ، أما الجرائم التى تتفق فى أحكامها الشريعة والقانون ، فيؤخذ فيها بحكم القانون ؛ لا لأنه حكم القانون ، بل لأنه حكم الشريعة. أما الجرائم التى نصت عليها القوانين ولم تنص عليها الشريعة ، فيؤخذ فيها بحكم القانون ، ما دام أنه ليس خارجاً على مبادئ الشريعة العامّة ، وروحها التشريعية ، فإن خرج عليها بطل حكمه ولم يعمل به .

٢٠٢ ـ **الحق الثانى : حق تخصيص القضاء** : لولى الأمر أن يخصص القضاء فيجعل الفصل فى الجرائم لقضاة معينين ، ويجعل لبعضهم الفصل فى جرائم بعينها ، وللبعض الآخر النظر فى بقية الجرائم ، أو يجعل للبعض حق توقيع عقوبات معينة ، وللبعض الآخر حق توقيع بقية العقوبات .

وحق ولى الأمر فى تخصيص القضاء مقيد بعدم الخروج على نصوص الشريعة ، أو مبادئها العامة ، وروحها التشريعية ، فإن خرج عن هذه الحدود فأمره باطل لا يقيد القضاة ، ولا يمنعهم من النظر فيما حرمه عليهم الأمر الباطل. فمثلا لولى الأمر أن يخصص قاضياً معيناً بنظر جريمة السرقة ، وآخر بنظر جريمة القتل ، ولكن ليس له أن يمنع القضاة من نظر هذه الجرائم أو من نظر جرائم أكل الميتة ، أو شرب الخمر ، أو الردة أو منع الزكاة . ولولى الأمر أن يخصص قاضياً لنظر جرائم الربا أو المقامرة والمراهنة ، ولكن ليس له أن يمنع القاضى من نظرها على الوجه الذى حرمته الشريعة . ولولى الأمر أن يحدد العقوبات التى يملك القاضى توقيعها فى جرائم التعازير ، ويلزمه أن لا يوقع غيرها ، ولكن ليس له أن يلزمه توقيع عقوبات غير العقوبات الشرعية فى جرائم الحدود ، أو جرائم القصاص والدية .

ويعتبر القاضى مختصاً بنظر الجريمة إذا كانت مما نصت عليه الشريعة ولم ينص عليه القانون ، ما دامت عقوباتها تماثل العقوبات المفروضة على الجرائم التى خص قانوناً بنظرها ، ولا عبرة بسكوت ولى الأمر عن هذه الجرائم ؛ لأن

الشريعة نصت عليها وأوجبت عقاب مرتكبيها ؛ ولأن الشريعة لا تبيح بحال لولى الأمر أن يعطل نصوصها ، فإذا عطلها لم يكن للقضاء أن يسايره ، وكان على القاضى أن يطبق نصوص الشريعة ؛ ويحكم بالعقوبة التى قررتها الشريعة ما دام مختصاً بتوقيع مثل هذه العقوبة أو بنظر مثل الجريمة المعطلة .

ويعتبر القاضى مختصاً بنظر الجريمة طبقاً لما نصت عليه الشريعة إذا كان القانون قد نص عليها على وجه يخالف أحكام الشريعة . والعلة فى اختصاص القاضى هنا هى نفس العلة فى اختصاصه بالجرائم التى أهملها القانون ولم ينص عليها.

وإذا كانت الجريمة مما نص عليه القانون دون الشريعة؛ فالقاضى يختص بنظرها إذا لم يكن هناك خروج على نصوص الشريعة أو مبادئها العامة أو روحها التشريعية. فإذا تحقق هذا الخروج كان القاضى غير مختص بنظر الجريمة ؛ لأنه ليس له أن ينظر إلا ما يتفق مع الشريعة ، أو كان عليه أن يقضى بالبراءة لبطلان النص الذى حرم الفعل .

وإذا كان من واجب القاضى شرعاً أن يعاقب على كل جريمة تعزيرية نصت عليها الشريعة ولم ينص عليها القانون ، فما هى العقوبة التى يجب على القاضى أن يطبقها فى هذه الحالة ؟ وهل يعاقب بإحدى العقوبات المقررة فى قانون العقوبات، أم يعاقب بإحدى عقوبات التعزير التى قررتها الشريعة ؟ .

وجواب هذا السؤال هو أن العقاب يجب أن يكون بإحدى العقوبات التعزيرية التى قررتها الشريعة؛ وأنه لا يجوز للقاضى أن يعاقب على جريمة لم ينص عليها قانون العقوبات بإحدى العقوبات المنصوص عليها فى هذا القانون ؛ لأن واضع هذا القانون جعل لكل جريمة نص عليها عقوبة معينة ؛ ولكل عقوبة حداً بحيث تختلف العقوبات باختلاف الجرائم .ولم يضع عقوبات عامة لغير الجرائم التى نص عليها ، فلا يمكن إذن أن تطبق نصوص قانون العقوبات على ما لم يفكر فيه واضع القانون ، أو يدخله فى حسابه وإنما يعاقب على هذه الجرائم بإحدى عقوبات التعزير التى قررتها الشريعة ، أو بأكثر من عقوبة واحدة طبقاً لما يراه القاضى

ملائماً لظروف الجريمة والمجرم ، ذلك أن الأصل فى الشريعة أن لجرائم التعازير مجموعة من العقوبات تتدرج من أتفه العقوبات إلى أشدها ، والقاضى هو الذى يعين العقوبة التى تستحقها الجريمة بعد أن يطلع على ظروف الجريمة والمجرم ، وليس القاضى ملزماً بتوقيع عقوبة معينة لكل جريمة ، وإنما له الخيار . والتعيين يختار من مجموعة العقوبات و يعين العقوبة التى يراها ملائمة ، فإذا جاء ولى الأمر وقيد سلطة القاضى فى جرائم التعزير التى نص عليها ، أو فى بعض الجرائم التى نصت عليها الشريعة ونص هو أيضا عليها ، فإن سلطة القاضى تظل على حالها فى الجرائم التى نصت عليها الشريعة ولم ينص عليها القانون ؛ لأن الأصل هو توسيع سلطة القاضى ، والتقييد جاء من جهة ولى الأمر فى جرائم معينة وعقوبات معينة. فتظل سلطة القاضى على حالها فيما لا قيد فيه ، ويكون القيد فيما نص عليه ولى الأمر فقط ، ومن ثم فللقاضى فى جرائم التعزير التى نصت عليها الشريعة دون القانون ، أن يعاقب بالتوبيخ والتهديد والجلد والحبس والنفى والقتل والحبس إلى غير أمد معين ، وغير ذلك من عقوبات التعزير ، وللقاضى الجزئى أن يوقع العقوبات التعزيرية فيما عدا الحبس المؤبد أو غير المحدد المدة والقتل ؛ لأن نية ولى الأمر ظاهرة فى قانون العقوبات فى أنه أراد أن يجعل هاتين العقوبتين من اختصاص محاكم الجنايات .

أما جرائم التعزير التى نص عليها القانون مخالفاً حكم الشريعة ، فحكمها أن ما اتفق فيه القانون مع الشريعة طبقت عليه نصوص القانون ، وما اختلف فيه القانون مع الشريعة اعتبر غير منصوص عليه فى القانون ، وأخذ حكم الجرائم التعزيرية التى نصت عليها الشريعة ولم ينص عليها القانون ، فصور الربا التى لم ينص عليها القانون يعاقب عليها بالعقوبات الشرعية ، والصور التى نص عليها ولا يتفق نصه فيها مع نصوص الشريعة تأخذ نفس الحكم . أما الصور التى يتفق فيها القانون مع الشريعة فيعاقب عليها بالعقوبات القانونية .

٢٠٣ ـ الحق الثالث : **حق العفو** :[1] من المسلم به فى الشريعة أن لولى الأمر حق العفو فى جرائم التعازير دون غيرها من الجرائم ، فله أن يعفو عن الجريمة ، وله أن يعفو عن العقوبة كلها أو بعضها ، وله حق العفو سواء فى جرائم التعزير التى نصت عليها الشريعة ، أو فى الجرائم التى نص عليها هو .

وحق ولى الأمر فى العفو مقيد بأن لا يكون مخالفاً لنصوص الشريعة ، أو مبادئها العامة وروحها التشريعية ، كما أنه مقيد بأن يقصد به تحقيق مصلحة عامة أو دفع مفسدة .

وإذا كان من حق ولى الأمر أن يعفو عن الجريمة ، وأن يعفو عن العقوبة فإن حقه فى العفو لا يتولد إلا بتولد سببه ، فلا يستطيع أن يعفو عن الجريمة إلا إذا وجدت الجريمة ، ولا يستطيع أن يعفو عن العقوبة إلا إذا حكم بالعقوبة . فليس لولى الأمر إذن أن يعفو مقدماً عن الجرائم قبل وقوعها ، أو عن العقوبات ، قبل الحكم بها ؛ لأن ذلك يعتبر إباحة للأفعال المحرمة لا عفواً عن الجريمة أو العقوبة .

ولا شك أن لولى الأمر أن يبيح الأفعال التى حرمها ابتداء إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة ، والعلة فى ذلك أن الشريعة أعطته حق التحريم إذا اقتضت التحريم مصلحة عامة ، وإعطاء حق التحريم يقتضى إعطاء حق الإباحة إذا اقتضته مصلحة عامة أيضاً ، فمن استطاع أن يحرم استطاع أن يبيح ، مادامت المصلحة العامة هى التى استوجبت التحريم أو الإباحة .

أما الأفعال التى حرمتها الشريعة ابتداء فليس لولى الأمر أن يبيحها إطلاقا ؛ لأنه ليس هو الذى حرمها حتى يكون له أن يبيحها ؛ ولأن الشريعة لم تجعل له فى هذه الأفعال إلا حق العفو عن الجريمة أو العقوبة ؛ فقد نصت الشريعة على المعاصى التى رأت تحريمها بصفة دائمة وحددتها وأمرت بالعقاب عليها ،

---

(١) راجع الفقرات من ٥٣٢ إلى ٥٣٥ .

ولـكنها تركت لولى الأمر أن يعفو إذا رأى العفو خيراً من العقوبة ، وأن يعاقب إذا رأى العقوبة خيراً من العفو ، بل تركت له أن يعفو عن الجريمة ، وأن يعفو عن العقوبة كلها أو بعضها ، فإذا عفا بعد وقوع الجريمة أو عفا بعد الحكم بالعقوبة وكانت المصلحة العامة تبرر هذا العفو فهو صحيح ، أما العفو عن الجرائم قبل وقوعها فهو إباحة لها وليس عفواً عنها ، ولا يملك ولى الأمر أن يحل ما حرمه الله ، وأن يبيح مالم يبحه الله ، فإذا فعل فعمله باطل ولا أثر له .

والعلة فى منع ولى الأمر من إباحة ما حرمته نصوص الشريعة هى أن ولى الأمر لو أعطى له هذا الحق لـكانت نصوص الشريعة عبثاً ؛ لأن ولى الأمر يستطيع أن يعطلها فى أى وقت شاء بما له من حق التحليل والتحريم .

وعلى هذا لا يصح القول بأن الجرائم التى نصت عليها الشريعة ولم ينص عليها القانون تعتبر مباحة ؛ لأن ولى الأمر ليس من حقه أن يبيح ما حرمته الشريعة ولا يصح هذا القول أيضا فيما يختص بالجرائم التى نص عليها القانون مخالفاً الشريعة ، كذلك ليس لأولى الأمر إباحة الجرائم التى نصت عليها الشريعة ونص عليها القانون ، ولـكن لأولى الأمر أن يبيحوا ما حرموه هم ولم تحرمه الشريعة .

ونستطيع بعد بيان حق ولى الأمر فى العفو أن نقول : إن الجرائم التى يحرمها ولى الأمر والعقوبات التى يفرضها على هذه الجرائم هى من حق ولى الأمر فله أن يحرم اليوم ، وله أن يبيح فى الغد ما حرمه ، وله أن يعاقب على ما حرمه وأن يعفو عن الجريمة كما يعفو عن العقوبة ، ولا قيد على ولى الأمر فى استعمال هذا الحق إلا أن يكون تصرفه متفقاً مع المصلحة العامة وبغرض تحقيق هذه المصلحة ، أما الجرائم التى حرمتها الشريعة والعقوبات التى فرضتها فالأمر فيها جد مختلف ، فـكل فعل حرمه القرآن أو السنة فهو محرم ليس لـكائن من كان أن يحله ، وكل عقوبة فرضتها الشريعة فى جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية فهى عقوبة لازمة واجبة ليس لولى الأمر أن يهملها أو يعفو عنها . أما العقوبات

التى فرضتها الشريعة لجرائم التعازير فهى وإن كانت لازمة وواجبة إلا أن الشريعة أعطت لولى الأمر فيها أن يعفو عن العقوبة إذا كان العفو يحقق مصلحة عامة ، وأن يعفو عن الجريمة إذا كان العفو يحقق هذه المصلحة ، وله أن يقيد كل جريمة تعزيرية بعقوبة معينة من عقوبات التعازير أو بأكثر من عقوبة إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة ، فحق ولى الأمر فى الجرائم والعقوبات التى فرضتها الشريعة قاصر على تنظيم عقوبات التعزير ، وحق العفو عنها وعن الجريمة التعزيرية .

ولقد بحث الفقهاء هذه المسألة فخرجوا من بحثها مجمعين على أن إقامة عقوبات الحدود واجبة على ولى الأمر ، فإذا أهمل إقامتها كان من واجب كل فرد أن يقيمها دون أن يعتبر مرتكباً لجريمة ، فإذا أقامها سقط الواجب بإقامتها عن غيره ، ومعنى هذا أن الفقهاء يعتبرون إقامة الحدود من الفروض التى تلزم جميع الأفراد حاكمين ومحكومين ، ولا تسقط عنهم إلا إذا أقيمت ، ولا يجوز فيها عفو ولا إرجاء .

وأجمع الفقهاء أيضا على أن العقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية حكمها حكم الحدود ، فهى واجبة الإقامة مالم يعف المجنى عليه أو وليه عن العقوبة ، فإذا أهمل ولى الأمر إقامتها كان للمجنى عليه أن يقتص لنفسه ، وكان لولى دم المجنى عليه أن يقتص من الجانى دون أن يعتبر القصاص فى هذه الحالة جريمة [1]

واتفق الفقهاء على أن ولى الأمر ليس له أن يحل ما حرم الله ، ولا أن يبيح ما أمر بمنعه أيا كان نوع العقوبة المقررة على الفعل المحرم ، ولكنهم اختلفوا على إقامة عقوبات التعازير ، فرأى مالك وأبوحنيفة وأحمد أن إقامة عقوبات التعازير واجب على ولى الأمر ليس له أن يتركه إلا إذا كان العفو

(١) الإقناع ج ٤ ص ٢٤٤ ـ الأم ج ٦ ص ١٧١ ـ حاشية البنانى ج٨ ص ١١٨ ـ شرح فتح القدير ١٦٠ ، ١٦١ ، ١١٢ ، ١١٣ .

خيراً من العقوبة ، فإذا اقتضت المصلحة العامة أن يعفو عن جريمة بعد وقوعها أو عن عقوبة بعد الحكم بها ، كان له أن يعفو ، وأساس نظرية هؤلاء الفقهاء أن جرائم التعازير حرمت وفرضت عليها العقوبات لمصلحة الجماعة ، ولصيانة النظام العام الذى تقوم عليه الجماهير وهو الإسلام ، ولما كان ولى الأمر هو ممثل الجماعة الذى أقامته لحفظ مصالحها وصيانة نظامها ، فقد وجب عليه أن يعاقب على جرائم التعازير ، وأن لا يهمل إقامة هذه العقوبات إلا إذا اقتضى صالح الجماعة أو نظامها العام العفو عن الجريمة أو العقوبة . فنى هذه الحالة يسقط عن عاتق ولى الأمر واجب إقامة العقوبة (١) .

ويرى الشافعى أن إقامة عقوبات التعازير حق لولى الأمر ، وليست واجباً عليه ، وأساس هذا الرأى أن لولى الأمر أن يعفو عن الجريمة ، وأن يعفو عن العقوبة ، فله إذن أن يعاقب وأن لا يعاقب ، وكل ما يكون للإنسان أن يفعله أو يتركه فهو حقه وليس واجباً عليه (٢) .

ويلاحظ أن التسليم بنظرية الشافعى لايؤدى بأى حال إلى تعطيل النصوص التى جاءت بجرائم التعازير ؛ لأن الشافعى لم يقل بأن لولى الأمر أن يعطل نصوص الشريعة أو أن يبيح ما حرمته الشريعة ، إنما قال : إن لولى الأمر أن يعاقب أو أن يعفو ، فالجريمة لا تزال فى نظرية الشافعى جريمة ، وما حرمته الشريعة يحرم إتيانه ، وإنما لولى الأمر بعد وقوع الجريمة أن يعاقب أو يعفو ، واستعمال ولى الأمر لحقه فى العقوبة أو العفو مقيد بصالح الجماعة ونظامها العام ، الذى يقتضى العفو عن العقوبة تارة ، ويقتضى تنفيذ العقوبة تارات ، وليس لولى الأمر أن لا يستجيب لمقتضيات المصلحة العامة أو النظام العام ؛ لأنه لم

---

(١) حاشية البنانى وشرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٥ ، ١١٦ ــ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٣ ، ٦٤ ــ المغنى ج ١٠ ص ٣٤٨ .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٢ ، ١٦٣ .

يمنح حق العفو عن العقوبة أو إيقاعها إلا ليكون قادراً على تحقيق مصلحة الجماعة وتثبيت نظامها ، ولم يول أمر الجماعة إلا لحماية صوالحها وحفظ نظامها .

والواقع أن الشافعي لم يقصد بنظريته أن يعطل نصوص الشريعة ، أو أن يمنع العقاب على جرائم التعازير ، وإنما قصد من وضع نظريته أن يقرر مسئولية الولاة عن ضمان ما يترتب على تنفيذ عقوبات التعازير ، من موت أو قطع عضو أو تعطيله وما أشبه ، ولا أدل على ذلك من أن فقهاء المذهب الشافعي يتكلمون عن هذه النظرية في باب ضمان المتلفات ، ولا يذكرون عنها شيئاً في باب التعزير فهم يرون أن العقاب في التعازير من حق ولى الأمر لأن له أن يعفو وأن لا يعفو ، وأن يختار عقوبة دون عقوبة ، وما دام ولى الأمر غير ملزم بالعقاب وغير ملزم بعقوبات معينة ، فهو مسئول عن ضمان مايؤدى إليه العقاب من موت أو عجز أو تعطيل طرف أو قطعه ؛ لأنه كان يستطيع أن يعاقب بغير العقوبة التي أدت لهذه النتيجة ، وكان يستطيع أن لا يعاقب فإذا اختار عقوبة معينة فأدت إلى الموت مثلا فهو مسئول عن ضمان ما حدث ، لأنه كان يستعمل حقا والقاعدة في الشريعة أن استعمال الحق مقيد بشرط السلامة[1] .

فالشافعي حين قرر نظريته لم يرد أن يعطل نصوص الشريعة ، أو يمنع العقاب على جرائم التعازير ، وإنما قصد الوصول إلى نتيجة لاعلاقة لها بهذين الأمرين ، هي إلزام الولاة بضمان سراية عقوبات التعازير[2] فإذا استطعنا أن لا ننسى هذه الاعتبارات أمكننا أن نفهم نظريته على حقيقتها ، وتبين لنا أن العقاب إذا كان حقاً لولى الأمر عند الشافعي ، فإن ولى الأمر ليس له أن يعطله إلا تحقيقاً لمصلحة عامة ، وهذه النظرية لا تكاد تختلف شيئاً في نتيجتها العملية عن نظرية مالك وأبي حنيفة وأحمد التي تجعل لولى الأمر أن لا يعاقب تحقيقاً

---

(١) الأم الجزء السادس ١٧١ — أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٦٢ .

(٢) أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٦٣ .

لمصلحة عامة ، وإن جعلت العقاب فى الأصل واجباً ، فالنظريتان لا تختلفان فى نتيجتهما العملية من حيث توقيع العقوبة ، وإن اختلفتا من الناحية الفقهية فى تقرير مسئولية ولى الأمر عن سراية العقوبة .

الفصل الثانى

فى سريان النصوص الجنائية على الزمان

٢٠٤ - قاعدة أصولية : — القاعدة العامة فى الشريعة الإسلامية أن النصوص الجنائية لا تسرى إلا بعد صدورها وعلم الناس بها[١] ، فلا تسرى على الوقائع السابقة على صدورها أو العلم بها ، ومقتضى هذه القاعد أن النصوص الجنائية ليس لها أثر رجعى ، وأن الجرائم يعاقب عليها بالنصوص المعمول بها وقت ارتكاب هذه الجرائم .

وليس فى كتب الفقه مباحث خاصة عن الأثر الرجعى للنصوص ، ولكن ليس معنى ذلك أن الشريعة لا تعرف الأثر الرجعى ولم تتعرض له ، فإن من يتبع آيات الأحكام وأسباب النزول يستطيع بسهولة أن يخرج بنظرية الشريعة كاملة فى الأثر الرجعى .

ونستطيع أن نقول بعد أن تتبعنا آيات الأحكام الجنائية : إن القاعدة العامة فى الشريعة هى أن التشريع الجنائى ليس له أثر رجعى ، وإن هذه القاعدة العامة لها استثناءان : —

أولهما : إن التشريع الجنائى يجوز أن يكون له أثر رجعى فى حالة الجرائم الخطيرة التى تمس الأمن العام أو النظام العام .

---

(١) راجع الفقرة رقم ٨٧ .

ثانيهما : إن التشريع الجنائى يجب أن يكون له أثر رجعى كلما كان ذلك فى مصلحة الجانى .

والفرق بين الاستثناءين أن الأول جوازى للشارع ، فله أن يجعل للتشريع أثراً رجعياً بشرط أن تستوجب ذلك مصلحة عامة ، والثانى وجوبى ، فليس للشارع أن يمنعه إلا إذا اقتضت ذلك مصلحة عامه ، وسندلل فيما يلى على القاعدة وما استثنى منها .

٢٠٥ ـ القاعدة العامة « لا رجعية فى التشريع الجنائى » : ـ فأما القاعدة العامة فهى مستخلصة من تتبع آيات الأحكام الجنائية وأسباب نزولها ، فقد نزلت جميع الأحكام التى حرمت المعاصى بعد أن فشا الإسلام ، فلم يعاقب بها على الجرائم التى وقعت قبل النزول ، عدا جريمة القذف وجريمة الحرابة ، فهناك من يرى أن عقوبتهما طبقت على جرائم وقعت قبل النزول ، ومن الصعب أن نستعرض كل الجرائم واحدة بعد أخرى ، ولهذا سنكتفى باستعراض الجرائم الهامة .

فالزنا حرم فى أول الإسلام ، وكانت العقوبة عليه أول الأمر مخففة ، وهى الإيذاء والحبس فى البيوت طبقاً لقوله تعالى: ﴿ واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ؛ فإن شهدوا فأمسكوهن فى البيوت حتى يتوفاهن الموت ، أو يجعل الله لهن سبيلا . واللذان يأتيانها منكم فآذوهما ، فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما ﴾ [النساء : ١٥ ، ١٦] ثم شددت عقوبة الزنا بعد ذلك ، فصارت الجلد والرجم طبقاً لقوله تعالى : ﴿ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ [النور : ٢] وطبقا لقول الرسول « خذوا عنى فقد جعل الله لهن سبيلا ، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة » ولو كان للتشديد أثر رجعى لطبقت عقوبة الجلد والرجم على الجرائم التى وقعت قبل تقرير هاتين العقوبتين ، ولكن لا يعلم أحداً جلد أو رجم لزنا وقع قبل تشديد عقوبة الزنا . ومن ثم فلم يكن للنص المعاقب على الزنا أثر رجعى .

وحرم الله نكاح زوجة الأب بعد أن كان جائزاً ، فأصبح لهذا النوع من النكاح وجهين : أحدهما : جنائى ، والثانى : مدنى ، فمن الناحية الجنائية أصبح نكاح زوجة الأب جريمة ، ومن الناحية المدنية ظل النكاح عقدا من العقود ، وقد اعتبرت الشريعة نكاح زوجة الأب جريمة ، ولكنها لم تجعل للنص أثراً رجعياً حيث قال الله تعالى : ﴿ ولاتنكحوا مانكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف ، إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا ﴾ [النساء : ٢٢] فلم يطبق حكم النص إلا على الوقائع التى وقعت بعد نزوله والعلم به ، ولكن ترتب على نزول النص التفريق بين الأزواج الذين سبق لهم أن تزوجوا هذه الزيجات المحرمة ، فكان للنص أثر رجعى من الناحية المدنية امتد إلى وقت انعقاد العقد ، ولم يكن للنص أثر رجعى من الناحية الجنائية ، فلم يعاقب أحد ممن فسخت زيجاتهم لقوله تعالى : ﴿ إلا ماقد سلف ﴾ .

وكذلك كان الحال فى تحريم نكاح الأمهات والبنات وغيرهن من المحارم فقد عدد النص القرآنى المحارم اللائى يحرم نكاحهن ثم قال : ﴿ وأن تجمعوا بين الأختين إلا ماقد سلف إن الله كان غفوراً رحيما ﴾ [النساء : ٢٣] وقد ترتب على نزول آية التحريم التفرقة بين الزوجين فى الزيجات المحرمة ، فكان للنص أثر رجعى من الناحية المدنية ، ولكن لم يكن للنص أثر رجعى من الناحية الجنائية فلم يعاقب أحد على هذه الزيجات المحرمة التى تمت قبل نزول النص لقوله تعالى فى آخر الآية : ﴿ إلا ماقد سلف ﴾ .

ومثل ذلك حدث يوم حرم القرآن أن يتزوج الرجل أكثر من أربع نسوة فقد كان العرب يتزوجون أكثر من أربع فلما نزل قوله تعالى : ﴿ فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ﴾ [النساء : ٣] فرق بين الزوج وما زاد على الأربع ، ولم يعاقب زوج على ماحدث منه قبل نزول النص ، فكان للنص أثررجعى من الناحية المدنية ، ولكن لم يكن له أثررجعى من الناحية الجنائية .

وحرمت الخمر والميسر على مراحل ، فنهى المسلمون أن يقربوا الصلاة وهم

سكارى بقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لاتقربوا الصلاة وأنتم سُكَارى حتى تعلموا ما تقولون ﴾ [النساء : ٤٣] ثم بين الله لهم أن فى الخمر والميسر إثم ومنفعة وأن إثمهما أكبر من نفعهما فقال : ﴿ يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس ، وإثمهما أكبر من نفعهما ﴾ [البقرة : ٢١٩] ثم حرم الله الخمر والميسر بعد ذلك تحريما قاطعاً حيث قال : ﴿ إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه ﴾ [المائدة : ٩٠] وجعل الرسول حد الشرب الجلد ، وعقوبة الميسر التعزير ، ولكن لا يعلم أن أحداً عوقب على شرب الخمر أو لعب الميسر قبل نزول التحريم . ولا يعلم أن نصاً من نصوص التحريم كان له أثر رجعى . ومن ثم يمكن القول بأن النصوص التى حرمت الخمر والميسر لم يكن لها أثر رجعى .

وجاءت الشريعة بقطع يد السارق حيث يقول الله جل شأنه : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله ﴾ [المائدة : ٣٠] ولايعلم أن هذا النص طبق على سرقة وقعت قبل نزوله . ومن ثم يمكن القول بأن نص السرقة لم يكن له أثر رجعى .

وحرم الله الربا وكان مباحا بقوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ، فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ماسلف وأمره إلى الله . ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون ﴾ [البقرة : ٢٧٥] وبقوله : ﴿ يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا إن كنتم مؤمنين . فإن لم تفعلوا فَأْذنوا بحرب من الله ورسوله . وإن تبتم فلكم رءوس أموالكم لا تَظْلِمُون ولا تُظْلَمُون ﴾ [البقرة : ٢٧٨ ، ٢٧٩] فأصبح الربا بعد التحريم جريمة من وجه . وعملا مدنياً من وجه آخر وجاءت النصوص المحرمة بحكمين : إحداهما : جنائى . والآخر : مدنى . فأما الحكم الجنائى فيقضى بأن لا عقاب على الربا السابق على نزول التحريم . وأن العقاب على ما بعده فقط . وأما الحكم المدنى فيقضى بأن ليس للدائن غير

رأس ماله فقط فالحكم الجنائى ليس له أثر رجعى ، والحكم المدنى له أثر رجعى يعود إلى الوقت الذى انعقد فيه العقد الربوى .

وحرم الله على المحرم قتل الصيد . وجعل على قتله عقوبة ، ولكنه عفا عما سلف لينبه على أن النص ليس له أثر رجعى ، فقال : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لاتقتلوا الصيد وأنتم حُرُمٌ ، ومن قتله منكم مُتَعَمِّدا فجزاءٌ مِثْلُ ماقَتَلَ من النَّعمَ ، يَحْكُمُ به ذَوَا عَدْلٍ منكم هَدْيا بالغَ الكعبة ، أوكفارةٌ طعامُ مَساكِينَ أو عَدْلُ صِياما لِيذُوقَ وبال أمْرِهِ ، عفا الله عَمَّا سَلَف ، ومن عاد فينتقم الله منه ، والله عزيزٌ ذُو انْتِقَامٍ ﴾ [المائدة : ٩٥] .

هذه هى بعض النصوص الجنائية ظاهر من استعراضها أنها ليس لها أثر رجعى ، وهى فى هذا تدلنا على طريقة الشريعة فى التشريع الجنائى ، وترشدنا إلى قاعدة الشريعة العامة .

ويستطيع القارىء أن يلاحظ أن بعض النصوص صرحت بالعفو عما سلف أى بانعدام الأثر الرجعى ، والبعض الآخر لم يصرح به ، وليس لهذا فى ذاته أهمية ؛ لأن النص على العفو عما سلف أى عما حدث قبل نزول النص يعتبر فى ذاته نصا عاما مقرراً لقاعدة عامة ، ولو أنه جاء ضمن نص خاص ، فيطبق إذن على كل النصوص الجنائية لا على الحالات التى اقترن بتحريمها دون غيرها ، وهذا التفسير يتفق مع القاعدة الشرعية الأساسية التى تقضى بأنه : « لا يكلف شرعا إلا بفعل ممكن ، مقدور للمكلف ، معلوم له علما يحمله على امتثاله » و يتفق مع القاعدة الشرعية الأساسية التى تقضى بأن : « لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص » كما أنه يتفق مع نصوص الشريعة الأكثر عموما ، فالله جل شأنه يقول: ﴿ وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا ﴾ [الإسراء : ١٥] و يقول ﴿ وما أهلكنا من قرية إلا لها منذرون ﴾ [الشعراء : ٢٠٨] ويقول : ﴿ وما كان رَبُّكَ مُهْلِكَ القُرَى حتى يبعث فى أُمِّها رَسُولاً يَتْلو عَلَيْهِمْ آياتِنَا ، وما كُنَّا مُهْلِكى القُرَى

إلا وأهْلُهَا ظَالِمُون ﴾ [القصص : ٥٩]

ونخرج من هذا كله بأن قاعدة الشريعة العامة فى التشريع الجنائى تقضى بأن هذا التشريع ليس له أثر رجعى ، وأن نصوص الشريعة ومبادئها العامة وتاريخ هذه النصوص كل ذلك يقطع بأن لا رجعية فى التشريع الجنائى .

٢٠٦ - الاستثناء الأول : جواز الرجعية فى حالة الجرائم الخطيرة التى تمس الأمن العام والنظام العام :

إذا كانت القاعدة العامة فى الشريعة أن لا رجعية فى التشريع الجنائى، فإنه يجوز استثناء من تلك القاعدة أن يكون للتشريع الجنائى أثر رجعى فى حالة الجرائم الخطيرة التى تمس الأمن أو النظام العام ومن الأمثلة على هذا الاستثناء : جرائم القذف والحرابة والظهار ، فقد طبقت العقوبة فيها على وقائع سابقة على نزول النص .

وفى نص القذف خلاف ، فالبعض يرى أنه نزل قبل حادث الإفك فلما كان هذا الحادث وبرأ الله عائشة منه طبق النص على القذفة ، وعوقبوا بالعقوبة التى يقررها ، وإذا صح هذا الرأى لم يكن لنص القذف أثر رجعى ، حيث لا يعلم أنه طبق على واقعة سابقة على نزوله .

ويرى البعض - ورأيهم هو الراجح - أن النص نزل بمناسبة حادث الإفك ، فإذا صح هذا الرأى كان لنص القذف أثر رجعى ، إذ الثابت الذى لا خلاف فيه أن رسول الله حد القذفة ، فكأنه طبق النص على وقائع سابقة على نزوله .

ويمكن أن يعلل الأثر الرجعى للنص بما ترتب على الحادث الذى نزل فيه النص من آثار هامة ، فقد قذف جماعة زوج النبى . وخاضوا فى عرضها ؛ وآذوها وآذوا النبى بالإفك الذى قالوا ؛ حتى اضطرب المجتمع الإسلامى اضطرابا شديداً ؛ وكاد المسلمون يقتتلون ، فقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صعد إلى المنبر بعد أن خاض الناس فى هذا الأمر . وقال : « يا معشر المسلمين من يعذرنى فى رجل قد بلغنى أذاه فى أهلى ، فو الله ما علمت على أهلى إلا خيراً ، ولقد

ذكروا رجلا ما علمت عليه إلا خيراً ، وما كان على أهلى إلا معى » فقام سعد بن معاذ الأنصارى فقال : أنا أعذرك منه يارسول الله ، إن كان من الأوس ضربنا عنقه ، وإن كان من الخزرج أمرتنا فأطعنا أمرك . فقام سعد بن عبادة فقال : ـوهو سيد الخزرج ـ وكان رجلا صالحاً ولكن احتملته الحمية : أى سعد بن معاذ ، لعمر الله لاتقتله ، ولا تقدر على قتله . فقام أسيد بن خضير وهو ابن عمة سعد بن معاذ وقال لسعد بن عبادة : لعمر الله لنقتلنه ، فإنك منافق تجادل عن المنافقين ؛ فتأثر الحيان : الأوس والخزرج حتى هموا أن يقتتلوا ، ورسول الله يخفضهم حتى سكتوا[1] . فهذا الحادث الذى أهم المسلمين ، وكاد يوقع الفتنة بينهم ، والذى أنزل الله فيه قرآنا ، هو حادث هام يمس أمن الجماعة ونظامها ، وهو أحق مايجعل للنصوص فيه أثر رجعى ؛ لأن العقوبة فى مثل هذا الحادث تدعو إلى تهدئة النفوس الثائرة ومحو ماخلفته الجريمة من آثار .

وقد اختلفوا أيضا فى أسباب نزول آية الحرابة ، والذى عليه الجمهور أنها نزلت فى العرنيين ، وهم قوم من عرينة ، قدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فاجتووا المدينة ، فأمر هم الرسول بلقاح ، وأمرهم أن يشربوا ألبانها وأبوالها ، فانطلقوا ، فلما صحوا قتلوا الراعى واستاقوا النعم ، فأرسل الرسول فى أثرهم فجىء بهم ، فأنزل الله تبارك وتعالى فى ذلك قوله : ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ، ويسعون فى الأرض فساداً ، أن يقتلوا ، أو يصلبوا ، أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزى فى الدنيا ، ولهم فى الآخرة عذاب عظيم﴾ [المائدة : ٣٣] وقيل : إن الآية نزلت فى قوم من أهل الكتاب بينهم وبين الرسول عهد فنقضوا العهد ، وقطعوا السبيل وأفسدوا فى الأرض وروى

---

(١) تفسير الطبرى ج ١٨ ص ٥٣ ـ تفسير الألوسى ج ١٨ ص ٧٩ ـ تفسير الشهاب على البيضاوى ج ٦ ص ١٥٩ .

ابن جرير أن الآية نزلت عتاباً للنبى ؛ لأنه قطع أيدى العرنيين ، وتركها دون حسم ، وسمل أعينهم كما سملوا عين الراعى فنزلت الآية تحريما للمثلة[1].

فإذا صحت رواية ابن جرير وكانت الآية قد نزلت بعد عقاب العرنيين فيكون الرسول قد عاقبهم طبقاً لقوله تعالى : ﴿ وجزاء سيئة سيئة مثلها ﴾ [الشورى : ٤٠] وقوله : ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ [البقرة : ١٩٤] وتكون الآية قد نزلت بحكم جديد ثابت لعقاب من يفعل تلك الفعلة ويترتب على صحة هذه الرواية أن لايكون للنص أثر رجعى؛ لأنه لم يطبق على حالة سبقت نزوله .

وإذاصحت الرواية القائلة : بأنها نزلت لعقاب العرنيين ، أوالرواية القائلة : بأنها نزلت فى قوم مشركين ، فإن الآية تكون قد نزلت بعقوبة فعل سابق عليها،ومن ثم يكون لها أثر رجعى ، والجمهور يرجح الرواية القائلة بأن الآية نزلت لعقاب العرنيين ، وعلى هذا يكون الرأى الراجح أن الآية لها أثر رجعى .

ولاشك أن المصلحة العامة هى التى اقتضت أن يكون للنص أثر رجعى،فقد كان حادث العرنيين فظيعاً ، يوشك لولم يؤخذ أصحابه بعقوبة رادعة أن يجرىء الناس على المسلمين ، وعلى النظام الجديد ، وأن يشجع على قطع الطريق ، وزعزعة الأمن والنظام ، فكان لابد من عقاب رادع على هذه الجريمة ، ولكن العقاب الرادع يقتضى أن يجعل للنص أثر رجعى ، فجعل له هذا الأثر حفظا للأمن العام وحماية للجماعة ونظامها ، كما جعل لنص القذف أثر رجعى ، لتقطع الألسنة وتهدأ الفتنة وتسكن النفوس الثائرة ، فحفظ الأمن وحماية الجماعة ونظامها هو الغرض الأول والأخير من جعل الأثر الرجعى للنص الجنائى .

---

(١) تفسير الطبرى ج ٦ ص ١١٩ — تفسير المنار ج ٦ ص ٣٠٢ — تفسير القرطبى ج ٦ ص ١٤٨ .

وإذا كان هناك خلاف فى أسباب نزول آية القذف وآية الحرابة فإنه لاخلاف فى أسباب نزول آية الظهار ، وإذا كان الخلاف فى أسباب نزول آية القذف وآية الحرابة مما يدعو إلى الشك فى أن الشريعة تجيز الرجعية فى التشريع الجنائى ، فإن الاتفاق على سبب نزول آية الظهار ، وعلى أنها طبقت على واقعة سابقة ، مما يقطع بأن الشريعة تجيز أن يكون للتشريع الجنائى أثر رجعى ، وهذا الذى تقطع به آية الظهار ينهى الخلاف القائم فى آيتى القذف والحرابة لمصلحة القائلين بأن كليهما طبقت على واقعة سابقة عليها ، ويؤكد أن هاتين الآيتين كان لهما أثر رجعى .

ولقد كان الظهار[1] فى الجاهلية وفى أول الإسلام طلاقاً ، أى أنه كان تصرفاً يترتب عليه فسخ عقد الزواج وإنهائه ، ولم يكن يعتبر جريمة ، حتى ظاهر أوس ابن الصامت من زوجته خولة ، فقال لها : أنت على كظهر أمى ، فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم وعائشة تغسل شق رأسه ، فقالت : يارسول الله ، طالت صحبتى مع زوجى ، وأكل شبابى ، ونثرت له بطنى ، حتى إذا كبر سنى ، وانقطع ولدى ظاهر منى . فقال رسول الله : حرمت عليه ، فقالت أشكو إلى الله فاقتى إليه ، ثم قالت : يارسول الله ، طالت صحبتى مع زوجى ، ونفضت له بطنى ، وظاهر منى ، فقال رسول الله : حرمت عليه. فكلما قال لها ذلك رسول الله هتفت ، وصاحت إلى الله أشكو فاقتى . فنزل الوحى وقد قامت عائشة رضى الله عنها تغسل شق رأسه الآخر ، فأومأت إليها عائشة أن اسكتى ، فلما قضى الوحى قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : ادعى لى زوجك ، فلما حضر تلا عليه الرسول قول الله تعالى ﴿ قَد سَمِعَ اللَّهُ قَولَ الَّتى تُجَادِلُكَ فى زَوْجِهَا وَتَشْتَكِى إِلَى اللَّهِ ، واللهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَا ، إن الله سميع بصير . الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم

(١) الظهار هو تشبيه الرجل وطء من تحل له من نساء بوطء من تحرم عليه من تحريماً مؤبداً بنسب أو صهر أو رضاع ، وكانت العرب تكنى عن ذلك بالظهر ، فيقول [illegible] منهم : امرأتى على كظهر أمى ، ولذلك سمى ظهاراً لأنه مأخوذ من الظهر .

إن أُمَّهاتُهُمْ إلاَّ اللاَّئِي وَلَدْنَهُمْ، وَ إِنَّهُمْ ليقولونَ مُنكرا مِنَ القولِ وَزُورًا ، وإن الله لَعَفُوٌّ غَفُورٌ . والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا ، فتحرِيرُ رَقَبَةٍ من قبل أن يتماسَّا ، ذلكم تُوعَظُونَ به ، والله بما تعملون خبير . فمن لم يجد فصيام شَهْرينِ متتابعين من قبل أن يتماسا ، فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً ذلك لِتُؤْمنوا بالله ورسوله ، وتلك حدود الله ، وللكافرين عذاب أليم ﴾ [المجادلة : ١ ، ٢، ٣، ٤]

بهذه الآيات التي نزلت في الظهار أخبر الله تعالى أن لفظ الظهار الذي كانوا يطلقون به نساءهم منكر من القول وزور ، والمنكر من القول هو الذي لا تعرف حقيقته ، والزور الكذب ، وإنما قال الله فيه إنه كذب ؛ لأنهم صيروا به نسائهم كأمهاتهم ، وهن لا يصرن كأمهاتهم ولا كذوى محارمهم ؛ لأن ذوى المحارم لا يحللن لمظاهر أبدا ، كذلك حرم الله الظهار وعاقب عليه ، فأخرجه بهذا من باب التصرف إلى باب الجريمة ، ومن باب المباح إلى باب المعاقب عليه .

ولقد طبقت آية الظهار أول ما طبقت على أوس بن الصامت نفسه ، فقد قال له الرسول صلى الله عليه وسلم : أتستطيع أن تعتق رقبة ؟ قال : لا. قال : فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين . أتستطيع أن تصوم شهرين متتابعين ؟ قال : يارسول الله إني إذا لم آكل في اليوم ثلاث مرات خشيت أن يعشو بصرى . قال : فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً ، فهل تستطيع أن تطعم ستين مسكينا ؟ قال: لا، يارسول الله إلا أن تعينني ، فأعانه رسول الله ، فأطعم ستين مسكينا ، وراجع زوجته [(١)] .

وإذا كانت عقوبة الظهار قد طبقت على أوس بن الصامت عن واقعة حدثت قبل نزول النص فمعنى ذلك أن آية الظهار لها أثر رجعي .

٢٠٧ - الاستثناء الثاني : وجوب الرجعية إذا كان التشريع أصلح للجاني :

إذا صدر نص جنائي أصلح للجاني وجب تطبيق هذا النص دون غيره على الجاني . ولو أن الجاني ارتكب جريمته تحت حكم نص أشد عقوبة

---

(١) المقدمات لابن رشد ج ٢ ص ١٤٠ ، ١٤١ .

ويشترط لتطبيق النص الأصلح للجانى أن لا يكون الحكم الصادر على الجانى طبقا للنص القديم قد أصبح نهائيا ، فإن كان قد أصبح نهائيا فقد انتهى الأمر به ، ولا تعاد محاكمة الجانى طبقاً للنص الجديد . والعلة فى تطبيق النص الأصلح أن العقوبة مقصود منها منع الجريمة وحماية الجماعة ، فهى ضرورة اجتماعية اقتضتها مصلحة الجماعة ، وكل ضرورة تقدر بقدرها ، فإذا كانت مصلحة الجماعة فى تخفيف العقوبة وجب أن يستفيد الجانى الذى لم يحكم عليه بعد من النص الجديد المخفف للعقوبة ؛ لأن حفظ مصلحة الجماعة ليس فى التشديد ، ولأنه من العدل أن لا تكون العقوبة زائدة عن حاجة الجماعة ما دامت شرعت لحماية الجماعة ؛ ولأن العلة تدور مع المعلول وجوداً وعدما .

ومن الأمثلة البارزة على هذا الاستثناء جريمة القتل ، ذلك أن العرب قبل الإسلام كانت تباين فى الفضل وتعترف بهذا التباين ، فإذا كان بينها مايكون بين الجيران من قتل العمد أو الخطأ عرف لصاحب الفضل فضله ، وتباينت الديات بحيث تكون دية الشريف أضعاف دية الرجل دونه ، واتسع هذا التباين حتى تعدى الأفراد إلى القبائل ، فكانت دية النضيرى مثلا ضعف دية القرظى ، وكان الشريف من العرب إذا قتل لم يقتل قاتله فقط بل قتل من أشراف قبيلة القاتل من يرونه كفء القتيل، وربما لم يرضوا إلا بعدد يقتلونهم ، ولقد قتل أحد أفراد قبيلة غنى شاسا بن زهير. فجمع عليهم أبوه زهير بن جذيمة ؛ فقالوا له : سل فى قتل شاس فقال : إحدى ثلاث لا يغنينى غيرها . قالوا : وما هى ؟ قال : تحيون لى شاسا . أوتملئون ردائى من نجوم السماء . أوتدفعون إلى قبيلة بأسرها فأقتلها . ثم لاأرى أنى أخذت منه عوضاً . فهذا هو ولى القتيل يرى أن قبيلة بأسرها لايجزى قتلها فى قتل ولده . ولما قتل كليب بن وائل اقتتلوا دهراً طويلا واعتزلهم بعضهم فأصابوا ابناً له يقال له بجير . فأتاهم وقال : قد عرفتم عزلتى فبجير بكليب. وكفوا

عن الحرب . فقالوا : بجير بشسع نعل كليب . فقاتلهم بعد اعتزاله وكان من أشراف القبيلة[١] .

وقد جاء الإسلام و بعض العرب يطلب بعضا بدماء وجراح ، فمحا حكم الجاهلية ، وسوى فى الحكم بين الناس ، وذلك قوله تعالى : ﴿ أفحكم الجاهلية يبغون ، ومن أحسن من الله حكما لقوم يوقنون ﴾ [المائدة : ٥٠] سوى الإسلام بين دم الشريف والوضيع ، و بين دماء الأحرار ودماء العبيد ، و بين دماء الرجال والإناث ، وذلك قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر ، والعبد بالعبد ، والأنثى بالأنثى ، فمن عفى له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ، ذلك تخفيف من ربكم ورحمة ، فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم ﴾ [البقرة : ١٧٨] وبعد نزول هذا الحكم انتهى التفاضل فى الدماء والجراح والديات ، وطبق الحكم على ماسبقه من دماء وجراح لم يحكم فيها بعد ، و بهذا كان للنص أثر رجعى .

و يترتب على ما توجبه الشريعة من تطبيق التشريع الأصلح للجانى نتائج منطقية هامة : —

١ — إذا صدر التشريع الجديد قبل الحكم فى الجريمة وكان أصلح للجانى حوكم الجانى بمقتضاه ولو أنه ارتكب الجريمة فى ظل التشريع القديم .

٢ — إذا صدر التشريع الجديد بعد الحكم وكان أصلح للمحكوم عليه نفذ من العقوبة المحكوم بها ما يتفق مع العقوبة التى يقررها التشريع الجديد .

٣ — إذا كان التشريع الجديد بعد الحكم وكان يبيح الفعل ولا يعاقب عليه ، فيجب أن لا ينفذ الحكم الذى صدر طبقا للتشريع القديم ؛ كما يجب أن يوقف تنفيذه إذا كان قد بدىء فى تنفيذه .

٤ — إذا كان التشريع الجديد يشدد العقوبة فلا ينطبق على الجانى ؛ لأنه ليس

---

(١) الأم ج ٦ ص ٧ تفسير القرطبى ج ٢ ص ٢٤٤ .

الأصلح له ، ولأن الأصل أن الجرائم يعاقب عليها طبقاً للنصوص السارية وقت ارتكابها .

٢٠٨ - الشريعة والقانون : - بينا فيما سبق المبادىء التي تسير عليها الشريعة الإسلامية في سريان النصوص على الزمان ، وهذه المبادىء هي نفس المبادىء التي تأخذ بها القوانين الوضعية اليوم ، ولكن القوانين الوضعية لم تأخذ بهذه المبادىء إلا أخيراً ، فقد كانت القاعدة في القوانين الوضعية قديماً أن يكون للشارع الحق في أن يجعل لأي قانون جنائي أثراً رجعياً ، ولم يكن حقه في ذلك مقيداً بأي قيد ، فلما جاءت الثورة الفرنسية ألغى هذا الحق ، ولم يعد للشارع أن يصدر قوانين جنائية لها أثر رجعي ، وقد ظل هذا المبدأ محترما من عهد الثورة الفرنسية إلى أن بدأ علماء القانون والمشرعون يخرجون عليه في أواخر القرن الماضي وأوائل القرن الحالي ، حيث تبين لهم أن التقييد المطلق ضار بمصالح الجماعة ، وإن كان متفقاً مع صالح الفرد ، ورأوا أن صالح الجماعة يجب أن يرجح على الصالح الفردي ، بحيث إذا اقتضى صالح الجماعة أن يجعل للقانون أثر رجعي كان للشارع هذا الحق ، وممن يرى هذا الرأي الشراح الإيطاليون ، فإنهم يرون قبول الأثر الرجعي للقوانين التي تنشىء عقوبات أشد لأمور كانت جرائم من قبل ؛ لأن حق المجتمع يعلو على مصلحة المجرم ، ويرى الشراح الإنجليز أن الأثر الرجعي للعقوبة المشددة أمر معقول ، وقد جعل المشرع المصري والمشرع الفرنسي للقانون أثراً رجعياً في قوانين معتادي الإجرام والاشتباه[1] .

وظاهر مما سبق أن المبدأ الحديث الذي يراه الشراح ويأخذ به المشرعون هو أن المشرع ليس له في الأصل ، أن يجعل للقانون أثراً رجعياً ، ولكن له

---

(١) القانون الجنائي لعلي بدوي ص ١١٦ ، ١١٧ - الموسوعة الجنائية ج ٥ ص ٥٦٨ وما بعدها .

استثناء أن يمارس هذا الحق كلما اقتضته المصلحة العامة ، وهذه هى نفس النظرية الإسلامية .

وعلى أثر انتهاء الحرب الأخيرة فى سنة ١٩٤٥ حاكمت الدول المنتصرة زعماء الدول المغلوبة وقوادها وحكامها ، وحكمت عليهم بعقوبات تتراوح بين الإعدام والأشغال الشاقة والسجن ، وكان موضوع المحاكمة أفعال لم تكن تعتبر جرائم لا فى قوانين البلاد المنتصرة أو المنهزمة ولا فى القانون الدولى ، ولم يكن يعاقب عليها من قبل ، وهذه المحاكمة التاريخية تطبيق واسع لنظرية رجعية القوانين لم يسبق له مثيل .

أما عن تطبيق التشريع الأصلح للمتهم على ماسبقه من الجرائم فهى قاعدة معترف بها فى كل القوانين الوضعية تقريبا وإن كانت القوانين لم تعرف هذه القاعدة إلا فى القرن الماضى .

وهكذا نستطيع أن نقول بعد هذه المقارنة : إن القوانين الوضعية بدأت من القرن الماضى تأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية فى الأثر الرجعى للتشريع الجنائى ، وإن مانعتبره اليوم أحدث الآراء والنظريات فى القوانين الوضعية ليس إلا تطبيقا دقيقا للنظرية التى جاءت بها الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشر قرنا .

الفصل الثالث

فى سريان النصوص الجنائية على المكان

٢٠٩ - **هل الشريعة عالمية أم إقليمية ؟** : الأصل فى الشريعة الإسلامية أنها شريعة عالمية لامكانية ، جاءت للعالم كله لا لجزء منه ، وللناس جميعاً لا لبعضهم فهى شريعة الكافة لا يختص بها قوم دون قوم ، ولا جنس دون جنس ،

ولاقارة دون قارة،وهى شريعة العالم كله ، يخاطب بها المسلم وغير المسلم ، وساكن البلاد الإسلامية وساكن البلاد غير الإسلامية ، لكن لما كان الناس جميعاً لايؤمنون بها ، ولا يمكن فرضها عليهم فرضا ، فقد قضت ظروف الإمكان أن لاتطبق الشريعة إلا على البلاد التى يدخلها سلطان المسلمين دون غيرها من البلاد ، وهكذا أصبح تطبيق الشريعة الإسلامية مرتبطاً بسلطان المسلمين وقوتهم فكلما اتسعت الأقاليم التى يتسلط عليها المسلمون اتسع نطاق تطبيق الشريعة ، وكلما انكمش سلطانهم انكمشت الحدود التى تطبق فيها الشريعة ، فالظروف والضرورة هى التى جعلت من الشريعة الإسلامية شريعة إقليمية وإن كانت الشريعة فى أساسها شريعة عالمية ، ولهذا نستطيع أن نقول : إن الشريعة الإسلامية فى أساسها شريعة عالمية إذا نظرنا إليها من الوجهة العلمية ، ولكنها فى تطبيقها شريعة إقليمية إذا نظرنا إليها من الوجهة العملية .

٢١٠ - تقسيم العالم : وقد نظر الفقهاء إلى هذا الاعتبار حين قسموا العالم كله إلى قسمين لاثالث لهما : الأول يشمل كل بلاد الإسلام ، ويسمى دار الإسلام ، والثانى يشمل كل البلاد الأخرى ، ويسمى دار الحرب ؛ لأن القسم الأول يجب فيه تطبيق الشريعة الإسلامية ، أما القسم الثانى فلا يجب فيه تطبيقها لعدم إمكان هذا التطبيق .

٢١١ - دار الإسلام : تشمل دار الإسلام البلاد التى تظهر فيها أحكام الإسلام[1] ، أو يستطيع سكانها المسلمون أن يظهروا فيها أحكام الإسلام[2] فيدخل فى دار الإسلام كل بلد سكانه كلهم أو أغلبهم مسلمون ، وكل بلد يتسلط عليه المسلمون ويحكمونه ولوكانت غالبية السكان من غير المسلمين ، ويدخل فى دار الإسلام كل بلد يحكمه ويتسلط عليه غير المسلمين مادام فيه سكان مسلمون

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٠ .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ٢٠٤ .

يظهرون أحكام الإسلام ، أو لا يوجد لديهم ما يمنعهم من إظهار أحكام الإسلام .

وسكان دار الإسلام نوعان : مسلمون ؛ وهم كل من آمن بالدين الإسلامى وذميون ، وهم غير المسلمين الذين يلتزمون أحكام الإسلام ، ويقيمون إقامة دائمة فى دار الإسلام ، بغض النظر عن معتقداتهم الدينية . فيصح أن يكونوا مسيحيين ويصح أن يكونوا يهوداً ، ويصح أن يكونوا مجوساً أو صابئة ، أو عباد ما استحسن أو ممن لا يدينون بدين .

وسكان دار الإسلام جميعاً مسلمين وذميين معصومو الدم والمال ؛ لأن العصمة[1] فى الشريعة تكون بأحد شيئين : بالإيمان ، والأمان . ومعنى الإيمان الإسلام ، ومعنى الأمان العهد ، ويكون بعقد الذمة ، وبالموادعة وبالهدنة ، وما أشبه . فمن آمن برسالة محمد أى : أسلم فقد عصم دمه وماله بالإسلام ، لقوله عليه السلام : « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله محمد رسول الله ، فإذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم إلا بحقها » ، ومن دخل فى أمان المسلمين بعقد من عقود الأمان فقد عصم دمه وماله بالأمان ، ولو بقى على غير دين الإسلام فسكان دار الإسلام من المسلمين معصومو الدم والمال بإسلامهم ، وسكان دار الإسلام من الذميين معصومو الدم والمال بأمانهم[2] .

والأمان فى الشريعة الإسلامية على نوعين :[3] أمان مؤقت ، وأمان مؤبد فالأمان المؤقت ما كان محدوداً بأجل كالمهادنة ، وكالإذن بدخول دار الإسلام لأجل معين . والأمان المؤبد هو ما ليس له أجل ينتهى به ، ولا يكون إلا بعقد الذمة ، ولا يتمتع به إلا الذميون الذين يقيمون إقامة دائمة بأرض الإسلام ،

---

(١) العصمة معناها : عدم الإباحة ، فمن كان معصوم الدم والمال فهو غير مباح الدم والمال .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٠٢ — مواهب الجليل ج٦ ص ٢٣١ — أسنى المطالب ج ٤ ص ٢١٨ — الشرح الكبير ج ١٠ ص ٦٣٠ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٠٦ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ٢١٠ ـ مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٦٠ ـ ٣٦٤ ، ٣٨٠ وما بعدها ـ المغنى ج ١٠ ص ٥٧٨ .

وعليهم فى مقابل هذا الأمان الدائم التزام أحكام الإسلام(١).

٢١٢ - دار الحرب : وتشمل دار الحرب كل البلاد غير الإسلامية التى لا تدخل تحت سلطان المسلمين . أو لاتظهر فيها أحكام الإسلام ، سواء كانت هذه البلاد تحكمها دولة واحدة أو تحكمها دول متعددة ، و يستوى أن يكون بين سكانها المقيمين بها إقامة دائمة مسلمين أو لا يكون ، ما دام المسلمون عاجزين عن إظهار أحكام الإسلام .

وسكان دار الحرب على نوعين : فهم إما حربيون وإما مسلمون :

فالحربيون هم سكان دار الحرب الذين لايدينون بالإسلام ، ويقال لأحدهم حربى . والحربيون غير معصومين ، فدماؤهم وأموالهم مباحة مالم يكن بينهم و بين دار الإسلام عهد أو هدونة ؛ لأن العصمة فى الشريعة لا تكون كما قلنا إلا بأحد شيئين بالإيمان أو الأمان .

وليس للحربيين إذا لم يكن بينهم و بين دار الإسلام عهد ، أن يدخلوا دار الإسلام ، فإذا دخلها أحدهم فهو مباح الدم والمال ، و يجوز قتله ومصادرة ماله ، كما يجوز أسره والعفو عنه .

و إذا دخل الحربى دار الإسلام بإذن أو أمان خاص أو بناء على عهد فهو مستأمن ، والمستأمن يعصم دمه وماله عصمة مؤقتة ؛ لأن أمانه مؤقت لا دائم وله أن يقيم فى دار الإسلام المدة التى يستأمن فيها معصوم الدم والمال ، فإذا انتهى أمانه عاد حربيا كما كان مهدر النفس والمال إذا ترك دار الإسلام ، أما إذا بقى فيها مختاراً فيرى البعض أنه يصبح حربياً ، و يرى البعض أنه يصبح ذميا باختياره البقاء فى دار الإسلام ، و يصير معصوماً عصمة مؤبدة .

---

(١) لا يلزم الذمى بكل أحكام الإسلام وإنما يلزم منها بما لا يتعارض مع معتقده الدينى [illegible] في عصمة النفس والمال والعرض ونظام الحدود عليهم فيما يعتقدون تحريمه [illegible] دون ما يعتقدون حله [illegible] شرح السير الكبير ج ١٠ ص ٦١١ [illegible]

أما المسلم الذى يسكن دار الحرب ولم يهاجر إلى دار الإسلام أصلا فهو عند مالك والشافعى وأحمد كأى مسلم من أهل دار الإسلام يعصم بإسلامه دمه وماله ، ولو أنه مقيم فى دار الحرب ومهما طالت إقامته ، وإذا أراد دخول دار الإسلام لا يمنع منها ، بينما يرى أبو حنيفة أن المسلم المقيم فى دار الحرب ولم يهاجر إلى دار الإسلام غير معصوم بمجرد إسلامه ؛ لأن العصمة عند أبى حنيفة ليست بالإسلام وحده وإنما يعصم المسلم عنده بعصمة الدار ومنعة الإسلام المستمدة من قوة المسلمين وجماعتهم ، والمسلم فى دار الحرب لامنعة له ولاقوة فلا عصمة له ، ولكن له أن يدخل دار الإسلام فى أى وقت فإذا دخلها استفاد العصمة[(١)] .

وكما يعتبر الحربى مباح الدم إذا دخل الاسلام دون إذن ، فكذلك يعتبر المسلم والذمى مباحى الدم للحربيين إذا دخلا دار الحرب دون إذن أو أمان ، فإذا دخلا بإذن أو أمان سمى كلاهما مستأمنا ، على أن تكون إقامته مؤقتة ، وله أن يرجع إلى دار الإسلام فى أى وقت شاء ، فإذا رأى المسلم أن يبقى بصفة دائمة فى دار الحرب فذلك لا يغير من أمره شيئاً مادام باقياً على إسلامه ، فإن خرج عن إسلامه صار حربيا ، وإذا أراد الذمى أن يقيم إقامة دائمة فى دار الحرب انقلب حربياً .

وإذا تزوج المسلم أو الذمى حربية أو مستأمنة فإنها تصبح بالزواج ذمِّية . أما إذا تزوج الحربى المستأمن من ذمية فإنها لا تصبح بزواجه حربية ، كما أنه لا يصبح ذمياً بزواجها على الرأى الراجح ، وإذا تزوج المستأمن مستأمنة ثم أصبح ذمياً أصبحت مثله ذمية[(٢)] .

٢١٣ - مدى إقليمية الشريعة : رأينا مما سبق أن الشريعة فى أصلها

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٢ .

(٢) البحر الرائق ج ٣ ص ١٠٢ .

عالمية ، وأن الظروف قضت من الناحية العملية بأن تكون إقليمية فلا تطبق إلا على دار الإسلام ، وقد بقى أن نعرف مدى هذه الإقليمية . فهل تطبق الشريعة على كل سكان البلاد الإسلامية أم تطبق على بعضهم دون البعض الآخر ؟ وإذا طبقت الشريعة على الجرائم التى تقع فى دار الإسلام، فهل تطبق على مايرتكبه أهل هذه الدار من جرائم أثناء وجودهم فى دار الحرب ؟ .

الأصل فى الشريعة الإسلامية أنها تسرى على كل من يقيمون فى دار الإسلام، مهما تعددت حكوماتها واختلفت نظم الحكم فيها ، فيستوى أن تكون البلاد الإسلامية خاضعة كلها لحكم دولة واحدة، كما كان الحال فى عهد الدولة الأموية أو خاضعة لحكم دول متعددة كما هو الحال اليوم، وتسرى الشريعة على كل السكان سواء كانوا متقدمين أو متأخرين ، يسكنون السهول والوديان أو الصحارى والجبال ولا عبرة باختلاف أديانهم أو لغاتهم أو أجناسهم ، وعلى من يقيمون فى دار الإسلام أن يلتزموا أحكام الشريعة لا فى دار الإسلام فقط بل وفى خارج دار الإسلام .
فالمبدأ الشرعى العام إذن هو سريان الشريعة على الجرائم التى ترتكب فى دار الإسلام أيا كان مرتكبها ، وعلى الجرائم التى ترتكب فى دار الحرب من مقيم فى دار الإسلام ، وأساس هذا المبدأ العام هو طبيعة الشريعة وظروفها، فهى شريعة عالمية كما قلنا ، وهى بهذا الوصف واجبة التطبيق على كل جريمة تقع فى أى بقعة من بقاع العالم ، ولما كانت الظروف لاتسمح بتطبيق الشريعة إلا فى بلاد الإسلام ، وعلى المقيمين بها ، فقد اكتفى نزولا على حكم الظروف بتطبيق الشريعة على الجرائم التى تقع فى دار الإسلام ، ولو كان مرتكبها لاينتمى لدار الإسلام؛ لأن تطبيق الشريعة ممكن فى دار الإسلام على كل من يوجد فى هذه الدار ، واكتفى بتطبيق الشريعة على الجرائم التى تقع فى دار الحرب من مقيم فى دار الإسلام ؛ لأنه من الممكن أن تطبق الشريعة على المقيمين فى دار الإسلام وإن كان لايمكن تطبيقها على دار الحرب .

هذا هو المبدأ العام فى الشريعة الإسلامية ، ولا خلاف عليه ، ولـكن الفقهاء اختلفوا فى تطبيقه تبعا للاعتبارات المختلفة التى نظر إليها كل منهم عند التطبيق ، وقد أدى هذا الخلاف إلى وجود ثلاث نظريات مختلفة عن سريان التشريع الجنائى على المـكان .

٢١٤ - النظرية الأولى : - وصاحبها أبوحنيفة ويرى أن الشريعة تطبق على الجرائم التى ترتـكب فى دار الإسلام ، أى مكان داخل فى حدود الدولة الإسلامية ، أيا كانت الجريمة ، وسواء كان مرتـكبها مسلما أو ذميا ؛ لأن المسلم ليس له قانون غير الشريعة ، ولا يجوز له أن يرضى لنفسه قانونا غيرها ؛ ولأن الذمى التزم أحكام الإسلام التزاما دائما بقبوله عقد الذمة الدائم .

أما من يقيم إقامة مؤقتة فى دار الإسلام فلا تطبق عليه أحكام الشريعة إذا ارتـكب جريمة تمس حقا لله ، أى تمس حقا للجماعة ، وإنما يعاقب بمقتضى الشريعة إذا ارتـكب جريمة تمس حقا للأفراد ، وقد علمنا أن من يقيم إقامة مؤقتة فى دار الإسلام يسمى المستأمن .

ويعلل أبوحنيفة إعفاء المستأمن بأنه لم يدخل دار الإسلام للإقامة ، بل لحاجة يقضيها ، كتجارة أو رسالة أو لمجرد المرور ، وليس فى الاستئمان ما يلزمه بجميع أحكام الشريعة فى الجرائم والمعاملات ، بل هو يلزم فقط بما يتفق مع غرضه من دخول دار الإسلام ؛ وبما يرجع إلى تحصيل مقصده وهو حقوق العباد ؛ فعليه أن يلتزم الإنصاف وكف الأذى ، ما دمنا قد التزمنا له بتأمينه بإنصافه وكف الأذى عنه . ولما كانت جرائم القصاص والقذف مما يتعلق بحقوق العباد ويمسها مساساً شديداً ، فإن المستأمن يؤخذ بهاتين الجريمتين كما يؤخذ بغيرهما من الجرائم التى تمس حقوق الأفراد كالغصب والتبديد ، أما [illegible] من الجرائم التى تمس حقوق الأفراد فلا [illegible] يلزمه

عقوبتها ، سواء كانت هذه العقوبات خالصة لله تعالى أو يغلب فيها حق الله تعالى كالزنا والسرقة [١] .

أما الجرائم التي يرتكبها مسلم أو ذمى خارج دار الإسلام فلا تطبق عليها الشريعة الإسلامية ، سواء وقعت من شخص مقيم فى دار الإسلام ثم سافر إلى دار الحرب وعاد ، أو وقعت من شخص كان يقيم فى دار الحرب ثم أقام بعد ذلك فى دار الإسلام ؛ لأن المسألة عند أبى حنيفة ليست مسألة التزام المسلم أو الذمى بأحكام الإسلام ، أينما كان مقامه ، وإنما هى واجب الإمام فى إقامة الحد ولا يجب على الإمام أن يقيم الحد أو العقوبة إلا وهو قادر على الإقامة ؛ لأن الوجوب مشروط بالقدرة ، ولا قدرة للامام على من يرتكب جريمة فى دار الحرب أثناء ارتكابها ، فإذا انعدمت القدرة لم تجب العقوبة [٢] .

ومعنى ما سبق أن القضاء بالعقوبة يقتضى الولاية على محل الجريمة وقت ارتكاب الجريمة ، ولا ولاية للدولة الإسلامية على محل ارتكاب الجريمة . ويترتب على ما سبق أنه لو دخل مكان الجريمة فى ولاية الدولة الإسلامية بعد ارتكاب الجريمة فلا تطبق الشريعة على الجريمة ؛ لأن الولاية كانت منعدمة وقت وقوع الجريمة .

وإذا ارتكب المسلم أو الذمى جريمة فى دار الإسلام وهرب منها إلى دار الحرب ، فلا يسقط هربه العقوبة ؛ لأن الفعل وقع موجباً للعقوبة ، وكذلك حال المستأمن فيما يعاقب على ارتكابه من جرائم ، فإن عودته لدار الحرب لا تسقط عقوبته ، ولا تمنع من العقاب على جريمته [٣] .

وإذا امتدت حدود الدولة الإسلامية فى دار الحرب فكل جريمة وقعت فى

المعسكر تأخذ حكم الجرائم المرتكبة فى دار الإسلام ؛ لأن أرض المعسكر فى حيازة جند الدولة ، وللدولة سلطان عليها ، فيعتبر المعسكر لهذا دار إسلام . أما الجرائم التى ترتكب خارج المعسكر ، فحكمها حكم الجرائم التى ترتكب فى دار الحرب[١] .

ويرى أبوحنيفة أن الجرائم التى ترتكب من الجنود أثناء الغزو لا تنفذ عقوباتها إلا بعد الرجوع لأرض الإسلام ، لقوله عليه السلام: « لا تقطع الأيدى فى الغزاة »[٢] .

ويفرق أبوحنيفة فى جرائم القتل بين عدة حالات : فإذا كان القتيل قد أسلم وبقى فى دار الحرب ولم يهاجر إلى دار الإسلام فلا قصاص ولا دية إذا قتله مسلم أو ذمى من أهل دار الإسلام ، وإذا كان القتيل مسلماً أو ذمياً من أهل دار الإسلام دخل دار الحرب مستأمناً فلا قصاص ، لانعدام الولاية على محل الجريمة ، ولكن يلزم القاتل بالدية . وإذا كان القتيل قد دخل دار الحرب مكرهاً كالأسير فيرى أبوحنيفة أن لاقصاص ولا دية فى قتله ؛ لأن الأسر يبطل عصمة الأسير ، ولكن محمداً وأبا يوسف يخالفان فى هذا ، ويريان أن الأسر لا يبطل عصمة الأسير ، وأن القاتل والمقتول من أهل دار الإسلام ، فإذا لم يمكن القصاص لانعدام الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها ، فيلزم القاتل بالدية ضماناً عن القتل ؛ لأن ولاية الضمان ثابتة على المتقاضين وقت التقاضى[٣] .

ويجيز أبوحنيفة للمسلم والذمى إذا دخلا دار الحرب مستأمنين أن يتعاقدا رباً مع حربى أو مع مسلم لم يهاجر إلينا ، لأن الربا إتلاف مال للحربى برضاه وهذا لا يتنافى مع عقد الأمان ؛ لأن المسلم الذى لم يهاجر أمواله غير معصومة

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٢ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٤ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٣ .

ولأبى يوسف رأى مخالف فى هذه النقطة ، فهو يرى أن المسلم والذمى عليهما إذا دخلا دار الحرب أن يلتزما أحكام الإسلام ، فلا يفعلان ما يحرمه ولو كان مباحا فى دار الحرب ، وما دام الربا محرما بنصوص الشريعة فهو محرم فى دار الإسلام وفى دار الحرب . ويفرق محمد بين المعاملة بالربا مع حربى وبين المعاملة مع مسلم لم يهاجر إلينا ، ويرى أن التعاقد بالربا مع حربى فى دار الحرب جائز للسبب الذى يذكره أبو حنيفة . أما التعاقد بالربا مع مسلم لم يهاجر إلينا فهو غير جائز (١) . ومن المتفق عليه فى مذهب أبى حنيفة أنه لا يجوز المسلم والذمى أن يتعاقد أحدهما مع الآخر على الربا فى دار الحرب ، كما لا يجوز لهما ذلك فى دار الإسلام ، فإن تعاقدا فى دار الحرب فلا عقاب لانعدام الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها ، ولكن على آخذ الربا الضمان أى رد ما أخذه ولو كان الآخر فى دار الحرب ؛ لأن الرد ليس عقوبة وتكفى فيه الولاية على المتقاضين وقت التقاضى .

وإذا دخل المسلم أو الذمى دار الحرب مستأمناً فأدان حربياً أو أدانه حربى ثم خرج المسلم أو الذمى إلى دار الإسلام ، وخرج الحربى إليها مستأمنا ، فإن القاضى لا يقضى لواحد منهما على صاحبه بالدين ، وكذلك لو غصب أحدهما صاحبه شيئا لا يقضى بالغصب ؛ لأن المداينة فى دار الحرب وقعت هدراً لانعدام ولايتنا عليهم ، وانعدام ولايتهم فى حقنا أيضا ، وكذلك الغصب ؛ ولأن المداينة والغصب يصادف كلاهما مالا غير مضمون ، إذ الأصل أن مال أهل دار الإسلام مباح للحربى ، ومال الحربيين مباح لأهل دار الإسلام ، وإنما التزم المسلم أو الذمى بعقد الأمان أن يكف عن أذى الحربيين أثناء إقامته فى دارهم ، وأن ينصفهم ، كما التزموا هم بعقد الأمان أن ينصفوا المسلم أو الذمى المستأمن وأن يكفوا عن إيذائه . فإذا غصب أحد الطرفين الآخر شيئاً فقد غصب مالا مباحا له ، ولكنه حنث بعهده وغدر وآذى من تعهد بالكف عن إيذائه ولم ينصفه

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٢ .

والحنث والغدر فى ذاته ليس سبباً لتحريم المال المباح أو تحليل المال المحرم .

والحكم كذلك لوكانا حربيين أدان أحدهما الآخر فى دار الحرب ثم خرجا إلى دار الإسلام مستأمنين فلا يقضى بينهما فى الدين ؛ لأنه لا ولاية لنا عليهم وقت الدين ولا وقت التقاضى ، أما إذا خرجا إلى دار الإسلام مسلمين ، فإن القاضى يقضى بينهما لثبوت الولاية عليهما وقت التقاضى[1] .

وإذا غصب المسلم أو الذمى مسلما أو ذميا فى دار الحرب أو أدانه فلا عقوبة على الغصب ، ولكن يقضى بالدين و بضمان المغصوب ، والعلة فى امتناع العقاب هى انعدام الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها ، والعلة فى القضاء بالدين والضمان هى قيام الولاية على المتقاضين وقت التقاضى .

ونستطيع أن نستخلص مما سبق أن الجرائم التى تقع فى دار الحرب من مسلم أو ذمى على حربى لا يعاقب عليها ، طبقا لرأى أبى حنيفة لانعدام الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها ، ولا تختص المحاكم فى دار الإسلام بالنظر فيما يطلبه المجنى عليه أو أولياؤه من ضمان مالى عن هذه الجرائم . وكذلك الحكم إذا كان المجنى عليه فى حكم الحربى كالأسير المسلم أو المسلم الذى لم يهاجر إلى دار الإسلام .

أما إذا كان المجنى عليه من أهل دار الإسلام فإن الجرائم لا يعاقب عليها أيضا لانعدام الولاية على محل الجريمة ، ولكن المحاكم فى دار الإسلام تختص بالنظر فيما يطلبه المجنى عليه أو أولياؤه من ضمان مالى عن الجريمة التى وقعت فى دار الحرب ، وعلى المحاكم أن تقضى بهذا الضمان ولو كان يعتبر عقوبة من بعض الوجوه ، كالدية فإنها تعتبر تعويضا من وجه وعقوبة من وجه آخر ، ومعنى ذلك أن المحاكم ممنوعة من توقيع العقوبات البحتة ، أما العقوبة التى فيها معنى تعويض

---

(١) بدائع الصنائع [illegible]

المجنى عليه عما أصابه من الجريمة فلا تمنع منها ؛ لأنها تحكم بها باعتبارها ضمانة لا باعتبارها عقوبة .

هذه هى نظرية أبى حنيفة فى سريان الشريعة الإسلامية على المكان ، وقد كان لرأيه فى عدم سريان الشريعة على المستأمن أثر سيء على البلاد الإسلامية لأن رأيه اتخذ أساساً وسنداً فى منح الامتيازات الأجنبية للمستأمنين ، أى من نسميهم اليوم بالأجانب ، وكلنا يعلم مدى ما قاسته البلاد الإسلامية وما تزال تقاسيه من آثار هذه الامتيازات التى منحت للأجانب وقت ضعفهم وقوة المسلمين ؛ لتشجع الأجانب على دخول دار الإسلام ، وتؤمنهم على أنفسهم وأموالهم ، فأصبحت بعد ضعف المسلمين سببا لاستغلال المسلمين ، وتضييع حقوقهم ، واستعلاء الأجانب عليهم .

٢١٥ - النظرية الثانية : وهى نظرية أبى يوسف من فقهاء المذهب الحنفى ، ويرى أن الشريعة الإسلامية تسرى على كل المقيمين فى دار الإسلام سواء كانت إقامتهم دائمة كالمسلم والذمى ، أو كانت إقامتهم مؤقتة كالمستأمن ، وحجته فى ذلك أن المسلم يلزمه إسلامه بالتزام أحكام الإسلام ، وأن الذمى ملزم بأحكام الإسلام التزاماً دائماً بمقتضى عقد الذمة الذى يضمن له الأمان الدائم ، أما المستأمن فيلتزم أحكام الإسلام بمقتضى عقد الأمان المؤقت الذى خوله الإقامة المؤقتة فى دار الاسلام ، و بقبوله دخول دار الإسلام ؛ لأنه بطلبه دخول دار الإسلام قد قبل أن يلتزم أحكام الإسلام مدة إقامته ، ولأنه لما منح إذن الإقامة منحه على هذا الشرط ، فصار حكمه حكم الذمى ، ولا فرق بينهما إلا أن الذمى أمانه مؤبد والمستأمن أمانه مؤقت ، ولهذا يعاقب المستأمن مهما قصرت مدة إقامته على الجرائم التى يرتكبها فى دار الإسلام ، سواء تعلقت هذه الجرائم بحقوق الجماعة أو بحقوق الأفراد[1].

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٤ .

وجه الخلاف فيما سبق بين نظرية أبى يوسف ونظرية أبى حنيفة ينحصر فى تطبيق الشريعة على المستأمن ، فأبو يوسف يرى تطبيق الشريعة على المستأمن فى كل الأحوال ، وأبو حنيفة لا يطبق الشريعة على المستأمن إلا فى الجرائم التى تمس حقوق الأفراد دون غيرها من الجرائم .

ويتفق أبو يوسف مع أبى حنيفة فى أن الشريعة لا تسرى على الجرائم التى ترتكب فى دار الحرب ولو ارتكبها المقيمون فى دار الإسلام ، ولكنه يخالف أبا حنيفة فى مسألتين ذكرناهما أثناء عرض نظرية أبى حنيفة ، الأول منهما أن أبا يوسف يرى أن المسلم والذمى لا يجوز لأحدهما فى دار الحرب أن يتعاقد بربا مع حربى أو مع مسلم مقيم بدار الحرب لم يهاجر إلينا ، ولو كان التعاقد على الربا غير محرم فى دار الحرب ؛ لأنه محرم عليه طبقاً لأحكام الإسلام وهو ملزم بهذه الأحكام أينما كان ، ولكنه لا يعاقب إذا أخذ ربا فى دار الحرب لانعدام الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها . والفرق بين رأى أبى حنيفة ورأى أبى يوسف فى هذه النقطة أن أبا حنيفة لا يرى الفعل فى ذاته محرما بينما يحرمه أبو يوسف ، والثانية منهما مسألة الأسير المسلم إذا قتله فى دار الحرب مسلم أو ذمى ، فأبو حنيفة لا يرى فى قتله قصاصاً ولا دية ؛ لأنه فقد بالأسر عصمته ، بينما يرى أبو يوسف أن فى قتله الدية ؛ لأن الأسر لا يفقده عصمته ، ولأن القصاص غير ممكن لانعدام الولاية ، فيلتزم القاتل بالدية ضمانا عن القتل ، لأن للمحاكم الإسلامية أن تقضى بالضمان عن الجريمة المرتكبة فى دار الحرب ، إذا كان الجانى والمجنى عليه من أهل دار الإسلام ؛ لأن ولاية الحاكم عليهما قائمة وقت المطالبة بالضمان وإن انعدمت على محل الجريمة . والفرق بين الرأيين فى هذه المسألة هو نفس الفرق فى المسألة السابقة .

٢١٦ - **النظرية الثالثة** : وهى نظرية مالك[١] والشافعى[٢] وأحمد[٣] وهم يرون أن الشريعة تطبق على كل جريمة ترتكب فى أى مكان داخل حدود دار الإسلام ، سواء كان مرتكب الجريمة مسلماً أو ذمياً أو مستأمناً ؛ لأن المسلم ملزم بطبيعة إسلامه بأحكام الشريعة ، والذمى ملزم بأحكام الشريعة بعقد الذمة الذى التزم بمقتضاه أحكام الإسلام التزاماً دائماً فى مقابل الأمان الدائم والعصمة الدائمة لنفسه ولماله ، والمستأمن ملزم بأحكام الشريعة بطلبه الأمان ، ودخوله أرض الإسلام بعد إعطائه الأمان ، فحكمه حكم الذمى ، ولا يختلف المستأمن عن الذمى إلا فى أن المستأمن إقامته بدار الإسلام مؤقتة ، والذمى إقامته مؤبدة . وإذا هرب المستأمن من دار الإسلام بعد ارتكابه جريمة ما ، فلا تسقط العقوبة بهربه وخروجه من دار الإسلام ، بل تستوفى العقوبة حين القدرة عليه .

كذلك تطبق الشريعة عند هؤلاء الأئمة على كل جريمة ارتكبها مسلم أو ذمى فى دار الحرب ، بخلاف جرائم الحربى المستأمن التى يرتكبها فى دار الحرب فإنه لا يعاقب عليها فى دار الإسلام ؛ لأنه لم يلتزم أحكام الإسلام إلا من يوم دخوله داره ، أما المسلم والذمى فيستوى فى حقهما ارتكاب الفعل المحرم فى دار الإسلام أو فى دار الحرب مادام الإسلام يحرمه ، وإذا كان اختلاف الدارين لايؤثر على تحريم الفعل فإنه لايؤثر بالتالى على العقوبة المقررة جزاء على إتيان الفعل المحرم .

ويعاقب المسلم والذمى على الجرائم التى يرتكبها أحدهما فى دار الحرب ،

---

(١) مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٥٥، ١٦٥ ـ المدونة ج ١٦ ص ٩١ .
(٢) المهذب ج ٢ ص ٣٥٨ .
(٣) المغنى ج ١٠ ص ٤٣٩ ، ٥٣٧ ـ الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٣ .

ولوكان الفعل مباحا فى دار الحرب كالربا ، ما دامت الشريعة الإسلامية تحرم على أحدهما هذا الفعل .

أما إذا كان الفعل محرماً فى دار الحرب ولكن الشريعة الإسلامية تبيحه فلا عقاب على من ارتكبه فى دار الحرب .

وإذا ارتكب الذمى جريمة فى دار الحرب وكان قد ترك دار الإسلام بقصد عدم العودة إليها ، فلا يعاقب عليها إذا عاد إلى دار الإسلام ؛ لأنه يصبح حربيا بتركه دار الإسلام ، وتزول صفته كذمى ، فلا يعود ملتزماً بأحكام الإسلام وإذا عاد إلى دار الإسلام فإنه يعود باعتباره حربيا مستأمناً ذمياً .

وإذا ارتد المسلم وترك دار الإسلام ، وارتكب جريمة بعد ذلك فى دار الحرب فلا يعاقب عليها فى دار الإسلام ولوعاد مسلما ؛ لأنه أصبح بردته وترك دار الإسلام حربياً ، فلم يكن ملتزماً وقت الجريمة بأحكام الإسلام .

ويعتبر هؤلاء الفقهاء المعسكر الإسلامى أرضاً إسلامية ولوكان فى دار الحرب ، ولكن يستوى عندهم أن ترتكب الجرائم فى المعسكر أو فى خارجه ؛ لأن الجرائم التى ترتكب فى دار الإسلام أو فى دار الحرب معاقب عليها عندهم على الوجه الذى سبق بيانه .

ويرى مالك والشافعى أن لا يؤخر العقاب على الجرائم التى يرتكبها الجنود إلى حين عودتهم إلى دار الإسلام ، بل تنفذ العقوبات كلما استحقت إلا إذا لم يكن لأمير الجيش حق توقيع العقوبة ، وإلا إذا كان بالمسلمين حاجة إلى الجانى ، أو كان لهم به قوة ، وهذا الاستثناء الأخير للشافعى خاصة .

ويرى أحمد تأخير تنفيذ العقوبة حتى يعود الجند إلى دار الإسلام ، أوحتى يعود الجانى وحده ، وهذا الرأى يتفق مع رأى أبى حنيفة وقد سبق أن بسطناه

وإذا كانت القاعدة عند الأئمة الثلاثة هى عقاب المسلم والذمى على الجرائم التى

يرتكبانها فى دار الحرب ، فإن هذه القاعدة تنطبق على جرائم الحدود ، وجرائم القصاص والدية ، وجرائم التعازير التى نصت عليها الشريعة ، وكذلك جرائم التعازير التى ينص عليها أولو الأمر ، ولكن القاعدة لاتنطبق على كل هذه الجرائم بدرجة واحدة ؛ لاختلاف طبيعة كل نوع عن الآخر ، فجرائم الحدود والقصاص التى ترتكب فى دار الحرب يجب العقاب عليها ، وليس لولى الأمر حق العفو عن العقوبة أو الجريمة ، وجرائم التعازير التى نصت عليها الشريعة يجب العقاب عليها ، ولكن لولى الأمر أن يعفو عن الجريمة بعد وقوعها ، وأن يعفو عن العقوبة كلها أو بعضها بعد الحكم بها ، أما جرائم التعازير التى ينشئها ولى الأمر فيجوز أن يعاقب عليها إذا رأى ذلك ولى الأمر ، ويجوز أن لايعاقب عليها ؛ لأن ولى الأمر هو الذى حرم الأفعال المكونة لهذه الجرائم ، ويجوز له أن يبيحها وأن لايعاقب عليها إذا وقعت فى دار الحرب ، ومعنى هذا أن العقاب على الجرائم التى ترتكب فى دار الحرب ليس واجباً فى كل الجرائم .

هذا هو مقتضى نظرية الأئمة الثلاثة ، أما نظريتا أبى حنيفة وأبى يوسف فمقتضاهما أن لاعقاب على أية جريمة ترتكب فى دار الحرب مهما كان نوعها ؛ لأن العقاب أساسه الولاية على محل الجريمة وقت ارتكابها ، والولاية منعدمة فى كل الأحوال .

٢١٧ – بين الشريعة والقانون : – هذه هى النظريات الإسلامية الثلاث وهى تكاد تكون نفس النظريات التى عرفتها القوانين الوضعية حتى اليوم ، فقد عرفت القوانين الوضعية ثلاث نظريات مماثلة : أولاها تقضى بتطبيق القانون على رعايا الدولة دون غيرهم فى الداخل والخارج ، وقد كانت هذه النظرية سائدة فى القرون الوسطى ، وهى تماثل نظرية أبى حنيفة فيما يختص بتطبيق القانون فى إقليم الدولة على رعاياها فقط دون الأجانب ، ولكنها تخالف نظرية أبى حنيفة فى أن القانون يتبع الرعايا فى الخارج الأمر الذى لايراه أبوحنيفة ، والثانية تقضى بتطبيق القانون

على جميع المقيمين فى أرض الدولة من وطنيين وأجانب على ما يقع منهم داخل أرض الدولة فقط من الجرائم ، أما مايقع منهم فى الخارج فلا عقاب عليه ، وقد ظلت هذة النظرية سائدة حتى القرن التاسع عشر وهى نفس نظرية أبى يوسف .

والثالثة — تقضى بتطبيق القوانين على كل المقيمين بأرض الدولة من وطنيين وأجانب إذا ارتكبوا أية جريمة داخل حدود الدولة كما تقضى بتطبيق القوانين على بعض الجرائم التى ترتكب خارج أرض الدولة ، وهذه النظرية هى السائدة اليوم فى القوانين الوضعية ، وهى النظرية التى أخذ بها قانون العقوبات المصرى ، ولا فرق بين هذه النظرية ونظرية مالك والشافعى وأحمد إلا أن نظرية الفقهاء الإسلاميين تجعل العقاب واجبا فى بعض الجرائم التى تقع فى الخارج ولا خيار لولى الأمر فيه ، وتترك لولى الأمر أن يعاقب على البعض الآخر إن رأى مصلحة فى ذلك أما النظرية القانونية فتترك للهيئة التشريعية أن تعاقب على ما ترى مصلحة فى العقاب عليه من الجرائم التى تقع فى الخارج ، وهذا الفرق ليس له أثر كبير من الوجهة العملية ، لأن الجرائم التى يجب فيها العقاب طبقاً للنظرية الإسلامية هى من أخطر الجرائم وأهمها ، ومصلحة الدولة تقتضى العقاب عليها .

٢١٨ — كيف يمكن تطبيق النظريات الإسلامية مع تعدد دول الإسلام؟
يلاحظ على النظريات الإسلامية أنها تقسم العالم قسمين : دار إسلام ، ودار حرب ، وقد يظن البعض أن هذا يقتضى أن تكون البلاد الإسلامية كلها تحت حكم دولة واحدة ، والبلاد الأجنبية كلها تحت حكم دولة واحدة ، وهو ظن لا أساس له من الواقع ، فالنظريات الإسلامية لم توضع على أساس أن تكون البلاد الإسلامية محكومة بحكومة واحدة ، وإنما وضعت على أساس ما يقتضيه الإسلام والإسلام يقتضى أن يكون المسلمون فى كل بقاع الأرض يد واحدة ، يتجهون اتجاها واحدا وتسوسهم سياسة واحدة ، وأبسط الصور وأكفلها بتحقيق هذه الغاية أن تكون كل بلاد الإسلام تحت حكم دولة واحدة ، ولكن ليست هذه هى الصورة

الوحيدة التى تحقق أهداف الإسلام ، لأن هذه الأهداف يمكن أن تتحقق مع قيام دولة متعددة فى دار الإسلام مادامت هذه الدول تتجه اتجاهاً واحداً ، وتسير على سياسة واحدة ، والإسلام لا يتنافى مع نظام كنظام الولايات المتحدة الأمريكية ، ولا مع نظام كنظام الولايات السوفيتية القائم فى روسيا ، ولا مع نظام كنظام الدمنيون الإنجليزى ، ولا يتنافى مع النظام القائم الآن فى البلاد العربية بعد قيام الجامعة العربية التى تعمل على توحيد الاتجاهات والسياسات فى الدول العربية المختلفة ، ولا يتنافى مع قيام جامعة إسلامية تتكون من كل الدول الإسلامية، وتشرف عليها وتعمل على توحيد أغراضها واتجاهاتها ، وعلى حل ما يثور فيها من نزاع داخلى ، ولا يتنافى الإسلام مع أى نظام آخر مادام هذا النظام يحقق الأهداف الإسلامية ، وأن هذه الأهداف هى أن يكون المسلمون يداً واحدة على من عداهم ، وأن يكون اتجاههم واحداً وسياستهم واحدة .

وليس أدل على صحة ما نقول من أن النظريات الإسلامية وضعت فى عهد العباسيين بعد أن انقسمت الدولة الإسلامية الأولى إلى ثلاث دول: دولة العباسيين فى المشرق ، ودولة العلويين فى المغرب ، ودولة الأمويين فى الأندلس ، وقد ظلت هذه النظريات تطبق بعد أن أصبح فى كل قطر إسلامى دولة إسلامية .

وتعتبر النظريات الإسلامية كل البلاد الأجنبية دار حرب واحدة مع اختلاف الدول التى تحكمها ، فقد كان المسلمون يحاربون الترك والروس والهنود والأسبان والفرنسيين والرومان ، وكانوا يعتبرون بلاد كل هؤلاء وغيرهم دار حرب .

فالمقصود إذن من تقسيم العالم إلى دار إسلام ودار حرب ليس جعل العالم تحت حكم دولتين أو وحدتين سياسيتين ، وإنما هو تقسيم العالم إلى قسمين: أحدهما: دار أمن وسلام للمسلمين، والثانى: دار خوف وعداء للمسلمين، وبيان الأحكام التى تسرى على المقيمين فى كل دار، وقد اعتبرت البلاد الإسلامية على اختلاف حكوماتها داراً واحدة ، لأنها محكومة بقانون واحد هو الشريعة الإسلامية ، فهى من هذه الوجهة

وحدة قانونية لا تختلف فيها الأحكام باختلاف الجهات ولا باختلاف الأجناس واعتبرت البلاد غير الإسلامية داراً واحدة ، لأن الأحكام التي تسرى عليها طبقاً للشريعة الإسلامية أحكام واحدة لا تختلف باختلاف الجهات واختلاف الأجناس وهذا هو الأساس الصحيح لتقسيم العالم إلى دار حرب ودار إسلام .

وعلى هذا فتعدد الدول الإسلامية لن يمنع اليوم من تطبيق النظريات الإسلامية كما لم يمنع من تطبيقها قديماً ، فقد طبقها الأندلسيون في الأندلس ، والمغاربة في المغرب ، والعلويون في مصر ، والعباسيون في بغداد ، ونستطيع اليوم أن نطبقها في مصر وفي لبنان وفي سوريا والعراق والحجاز والباكستان وفي المغرب ، وفي كل بلد إسلامي له حكومة تحكمه وحدود تحده .

ومن السهل تطبيق النظريات الإسلامية اليوم ، ولكن تطبيقها يقتضي من كل دولة إسلامية أن تعتبر نفسها ممثلة للإسلام في جميع بقاع العالم لا في داخل حدودها فقط ، فمثلا إذا أردنا أن نطبق نظرية أبي حنيفة في مصر فإننا نعاقب أولا كل من يرتكب جريمة داخل حدود البلاد المصرية مسلماً كان الجاني أو ذمياً ، مصرياً أو شامياً أو عراقياً أو فلسطينياً أو فارسياً وهكذا ، لأن كل فرد من رعايا أية دولة إسلامية لا يعتبر أجنبياً بالنسبة لأية دولة إسلامية أخرى ، ولأن بلاد الإسلام كلها دار واحدة تحكمها شريعة واحدة ، ونعاقب ثانياً كل هؤلاء على أية جريمة يرتكبونها في أي بلد إسلامي آخر ، سواء كانوا يقيمون في مصر إقامة دائمة أو إقامة مؤقتة ، بشرط أن لا يكونوا قد عوقبوا على هذه الجريمة في محل ارتكابها ، أو في أي بلد إسلامي آخر ؛ فإذا كانوا قد عوقبوا على الجريمة في أي بلد إسلامي آخر بغير العقوبة التي توجبها الشريعة ، وجب أن يعاقبوا مرة ثانية بالعقوبة المقررة في الشريعة ، لأن بلاد الإسلام كلها دار واحدة مهما اختلفت حكوماتها ، ولأن الإسلام يوجب على كل دولة إسلامية أن تقيم أحكامه وأن تبادر إلى تغيير المنكر والنهي عنه ، ومن تغيير المنكر أن تبادر الدولة بتوقيع العقوبة التي توجبها الشريعة على من استحقها .

وماسبق يصدق على جرائم الحدود ، وجرائم القصاص والدية ، وجرائم التعازير التى نصت عليها الشريعة مع ملاحظة أن لولى الأمر فى جرائم التعازير حق العفو عن الجريمة والعفو عن العقوبة ، وليس له ذلك فى جرائم الحدود ، ولا فى جرائم القصاص والدية ، أما جرائم التعازير التى يحرمها أولو الأمر فلا يصدق عليها ما قلنا ، ولا يعاقب عليها إلا إذا كان الفعل محرماً فى محل وقوعه ، ومحل المحاكمة عليه ، فإذا كان الفعل مباحاً فى محل وقوعه امتنع العقاب عليه فى آية دولة أخرى ، وإذا كان محرماً فى محل وقوعه فقط امتنع العقاب عليه فى أى محل آخر .

وأساس التفرقة بين جرائم الحدود وجرائم القصاص من جهة . وبين جرائم التعازير من جهة أخرى أن إقامة العقوبات فى جرائم الحدود واجبة على كل مسلم ، ولا يصح تأخيرها ، ولا يجوز العفو عنها ، وأن عقوبات جرائم القصاص واجبة ما لم يعف عنها المجنى عليه أو ولى دمه ، فإذا لم تقم حكومة إسلامية عقوبات الحدود والقصاص وجبت إقامتها على الحكومات الأخرى ، وإن لم تقمها الحكومات وجبت على الأفراد ، أما عقوبات التعازير فيجوز إيقاف تنفيذها والعفو عنها .

وأساس التفرقة بين جرائم التعازير التى نصت عليها الشريعة ، وجرائم التعازير التى حرمها أولو الأمر ، أن الأفعال المكونة للنوع الأول لا يجوز إباحتها وإن جاز العفو عن الجريمة وعقوبتها ، أما الأفعال المكونة للنوع الثانى فيجوز إباحتها بعد تحريمها فضلا عن جواز العفو عن الجريمة وعقوبتها .

وإذا أردنا أن نطبق نظرية أبى يوسف ، فإنا نعاقب فوق ما تقدم كل مستأمن ارتكب جريمة فى أى بلد إسلامى إذا لم يعاقب عليها فى محل ارتكابها أو عوقب عليها بغير العقوبة المقررة شرعاً ، لأنه بدخوله هذا البلد الإسلامى التزم بأحكام الإسلام ، وتلك الأحكام تلزم كل دولة إسلامية أن تطبقها ، وعلى هذا تكون كل دولة إسلامية قادرة على أن تعاقب طبقاً للشريعة كل مسلم

أو ذمى أو مستأمن ارتكب جريمة فى دار الإسلام سواء كان محل الجريمة واقعاً فى حدود الدولة التى توقع العقوبة أو فى حدود دولة إسلامية أخرى .

وإذا أردنا أن نطبق نظرية مالك والشافعى وأحمد فإنا نعاقب على الحالات الثلاث السابقة ، ونعاقب فوق ذلك كل مسلم أو ذمى من رعايا مصر أو من رعايا أية دولة إسلامية على ما يرتكبه فى دار الحرب من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وجرائم التعازير التى نصت عليها الشريعة ، ولكل دولة إسلامية أخرى مثل هذا الحق على رعايا الدول الإسلامية الباقية ، لأن من واجب كل حكومة إسلامية أن تقيم الحدود ولا تؤخرها ، فإذا تركتها حكومة وجبت على أى حكومة أخرى تستطيعها. أما إذا كانت الجرائم الواقعة فى الخارج تعازير مما حرمها الشارع ، فيعاقب عليها فى كل دولة تحرمها رعايا هذه الدولة ورعايا الدول الإسلامية الأخرى إذا كانت قوانين تلك الدول تعاقب عليها ، فإن لم تكن تعاقب عليها فلا يصح أن يعاقب عليها رعاياها فى أية دولة إسلامية أخرى ولو كانت هذه الدولة تحرمها، لأن عدم العقاب عليها فى الدولة التى يتبعها الجانى يعتبر إباحة لها ، وإذا لجأ الجانى بعد ارتكاب الجريمة التى تحرمها دولته إلى دولة إسلامية أخرى لا تحرمها فلا يصح أن يحاكم الجانى على الجريمة فى الدولة التى لجأ إليها ، لأن الفعل مباح طبقا لقوانينها ، وإنما يصح أن يسلم الجانى لدولته لتعاقبه إذا طلبت ذلك .

وليس من الضرورى للعقاب على الأفعال التى تقع فى دار الحرب أن تكون معتبرة جرائم فى دار الحرب ، لأن العقاب يجب طبقاً للشريعة التى يلتزم المسلم والذمى بأحكامها أينما كان أحدهم فيستوى إذن أن يكون الفعل مباحا فى دار الحرب أو محرماً .

٢١٩ - نتيجة تطبيق النظريات الإسلامية : ويتبين مما سبق أن كل جريمة يرتكبها رعايا الدول الإسلامية فى الداخل أو فى الخارج يعاقبون عليها بالعقوبة المقررة لها فى الشريعة الإسلامية ، وأن ترك الجانى بلده وهربه منها إلى بلد

إسلامى آخر لا ينجيه من المحاكمة وتوقيع نفس العقوبة عليه ، والسبب الوحيد فى الوصول إلى هذه النتيجة هو خضوع البلاد الإسلامية جميعاً لتشريع واحد هو الشريعة الإسلامية ، واعتبار البلاد الإسلامية داراً واحدة على اختلاف أقطارها ، واعتبار كل حكومة من حكوماتها ممثلة للحكومات الأخرى فى إقامة الحدود وتطبيق نصوص الشريعة .

هذه هى النتيجة التى يؤدى إليها تطبيق النظريات الإسلامية ، و إنها لهى عين الحلم الجميل الذى يحلم به علماء القانون الوضعى حين يتمنون أن يكون القانون الجنائى موحداً فى كل الدول ، وأن تعتبر كل دولة ممثلة لجميع الدول الأخرى فى إقامة حق العقاب ، بحيث لا يستطيع المجرم أن يفلت من العقاب إذا ارتكب جريمة فى دولة وهرب لأخرى ، و بحيث يعاقب على جريمته فى أى مكان يوجد به بنفس العقوبة المقررة لجريمته فى محل ارتكابها

هذا هو الحلم الجميل الذى تحلم به المجامع الدولية للقانون الجنائى ، وترى فيه خير نظام يقضى على الإجرام ، وهذا الحلم الجميل هو الحقيقة التى جاءت بها الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشر قرناً ، وهو النظرية التى طبقتها الشريعة من يوم نزولها أو من يوم انتشار المسلمين فى أصقاع العالم ، و يكفى الشريعة فخراً أنها سبقت بمثلها العليا وأنظمتها المثلى ، وأن القوانين الوضعية بأنظمتها المبتكرة وأحلامها الجميلة إنما تسير على هدى الشريعة ، وتتبع أثرها ، وتعمل على منوالها ، وقل مع ذلك أن تلحق بها

٢٢٠ ـ ما يدخل فى دار الإسلام : يعتبر داراً للاسلام كل البلاد التى فيها سلطان للمسلمين سواء كان المسلمون فيها أغلبية أو أقلية ، وكل البلاد التى دخلت فى ذمة المسلمين والتزم أهلها أحكام الإسلام ولو لم يكن فيها مسلمون ، وكل الأماكن التى يسكنها مسلمون يستطيعون أن يظهروا أحكام الإسلام ولا يمنعهم من ذلك مانع .

ويدخل فى دار الإسلام كل ما يتبعها من جبال وصحارى وأنهار وبحيرات وأراض وجزر ومافوق هذه جميعاً من طبقات الجو مهما ارتفعت .

ويعتبر فى حكم دار الإسلام كل مكان فى دار الحرب يعسكر فيه الجيش الإسلامى ، وتعتبر المراكب الحربية قياساً على هذا جزءاً من دار الإسلام .

والأصل فى الشريعة أن البحار العامة ليست ملكا لأحد ؛ وهذا يتفق مع القانون الدولى فى عصرنا الحاضر ، وليس فى الشريعة ما يمنع من جعل البحار الإقليمية تابعة للدولة التى تملك الشاطىء إلى حد معين .

ولم يذكر الفقهاء شيئاً عن السفن غير الحربية ؛ ولكن تطبيق النظرية العامة عند أبى حنيفة وأصحابه يؤدى إلى عدم العقاب على الجرائم التى ترتكب فيها إذا كانت فى مياه إقليمية تابعة لدار الحرب ، أما إذا كانت فى مياه تابعة لدار الإسلام أو غير تابعة لأحد ، كما لو كانت فى وسط البحر ، فتطبق الشريعة الإسلامية على الجرائم التى ترتكب فيها . أما تطبيق نظرية مالك والشافعى وأحمد فيؤدى إلى العقاب على الجرائم التى ترتكب فى السفن التجارية سواء كانت فى مياه تابعة لدار الإسلام أو دار الحرب ، أو فى مياه عامة مع مراعاة التفرقة التى ذكرناها من قبل بين جرائم الحدود والقصاص ، وبين جرائم التعازير ، والتفرقة بين جرائم التعازير التى نصت عليها الشريعة ، و بين جرائم التعازير التى حرمها أولو الأمر.

وتطبق القواعد السالفة على الطائرات ، فالطائرات الحربية يعاقب على كل الجرائم التى ترتكب فيها ، لأنها تأخذ حكم المعسكر والسفن الحربية ، أما الطائرات التجارية فتأخذ حكم السفن التجارية .

٢٢١ - الشريعة والقانون : — والقوانين الوضعية لا يختلف حكمها شيئاً عن الشريعة فى هذا كله ، فهى تعتبر الفضاء الذى يعلو أرض الدولة تابعاً لها ، وتجعل المياه الإقليمية المجاورة للشاطىء تحت سيادة الدولة التى تملك الشاطىء . وتجعل السفن الحربية خاضعة لقضاء الدولة التى تتبعها ، أما السفن التجارية

فيطبق عليها قانون الدولة التى تتبعها طالما كانت فى المياه التابعة لهذه الدولة أو فى عرض البحر ، فإذا كانت فى مياه دولة أخرى فقد اختلفت الدول فى حكم هذه الحالة ، فالبعض يطبق قانون الدولة صاحبة المياه لا قانون الدولة التى تتبعها السفينة ، وهذا هو المتبع فى انجلترا وهو تطبيق لنظرية أبى حنيفة وأبى يوسف ، وكثير من الدول يعتبر السفينة خاضعة لقانون الدولة التى تتبعها ، وهذا تطبيق لنظرية الأئمة الثلاثة . وفى فرنسا يرون تطبيق قانون الدولة صاحبة المياه الإقليمية فى حالات دون أخرى ، فهم يمزجون بين النظريتين السابقتين .

٢٢٢ ـ تسليم المجرمين وإبعادهم : ـ ذكرنا أن الدول الإسلامية تعتبر كل منها ممثلة للاسلام فى تطبيق الشريعة الاسلامية ، فإذا جنى عراقى مثلا جناية فى العراق أمكن محاكمته عنها فى مصر ، لكن قد يحدث أن يجنى المسلم أو الذمى أو المستأمن جناية فى بلد إسلامى ثم يهرب إلى بلد إسلامى آخر ، أو يهرب إلى دار الحرب ، فتطلبه الدولة التى وقعت فى أرضها الجريمة لمحاكمته ، فهل يمكن تسليمه إليها لمحاكمته أمام محاكمها ؟ وقد يشتهر الجانى بارتكاب الجرائم والإخلال بالأمن ، فهل يمكن أن تبعد الدولة من أرضها من اتصف بهذه الصفات ؟ هذان موضوعان سنتكلم عنهما فيما يلى واحد بعد الآخر .

٢٢٣ أولا ـ تسليم المجرمين : ـ من الممكن أن يقال : إن محاكمة الجانى على جريمته فى محل وقوعها أفضل من محاكمته عليها فى غير هذا المحل ، وأدعى إلى ضمان تحقيق العدالة والزجر عن الإجرام ، لأن المحل الذى وقعت فيه الجريمة يتيسر فيه إقامة الأدلة ومناقشتها ، لوجود الشهود به ، وإمكان مشاهدة آثار الجريمة ، والإحاطة بكل ظروفها ، كما أن عقاب المجرم على جريمته فى محل ارتكابها يحفظ للعقوبة قيمتها كاملة ، فالعقوبة مقصود منها التأديب والزجر ، تأديب المجرم وزجر غيره ممن شهدوا الجريمة أو علموا بها ، والعقوبة التى تقاوم فى غير محل الجريمة إذا أدت لتأديب المجرم فإنها لا تؤدى وظيفتها كاملة من حيث الزجر .

وعلى هذا يحسن أن يسلم الجانى إلى الدولة صاحبة السلطان على محل الجريمة لمحاكمته وإن لم يكن ثمة ضرر كبير من محاكمة الجانى فى الدولة التى هرب إليها طالما كان تشريعها هو نفس تشريع الدولة التى تطلب التسليم .

ولكن من الممكن أن يقال أيضا : إن فى تسليم الجانى الذى ينتمى إلى دولة معينة إلى دولة أخرى لمحاكمته على جريمة ارتكبها فى أرض الدولة الأخيرة يعرض الجانى لعدم التمكن من الدفاع عن نفسه بين قوم لا يعرفهم ولا يتصل بهم بصلة الجنس أو اللغة ، وقد يؤدى التسليم لظلمه والإضرار به .

هذان رأيان يخطر كلاهما بالذهن إذا فكرنا فى تسليم المجرمين ؛ ولكل منهما وجاهته ومحاسنه وعيوبه ، وقد راعت الشريعة الإسلامية كل هذه الاعتبارات حين اختطت خطة وسطا بين هذين الرأيين تضمن بها تحقيق العدالة قدر الإمكان ، وتمنع الظلم عن رعايا الدولة الإسلامية بقدر المستطاع ، وأساس هذا الرأى الوسط التفرقة بين التسليم لدولة إسلامية ، والتسليم لدولة غير إسلامية .

٢٢٤ - **التسليم لدولة إسلامية** : - ليس فى الشريعة ما يمنع من أن تسليم أية دولة إسلامية لأية دولة إسلامية أخرى أى مسلم أو ذمى أو مستأمن ارتكب فى أرض إحدى الدولتين جريمة ما ، والتجأ إلى أرض الأخرى مالم تكن هذه الدولة الأخرى قد حاكمته فعلا على هذه الجريمة طبقا لنصوص الشريعة فإن لها أن تمتنع عن تسليمه ، لأنه لا يجوز طبقاً للشريعة أن يعاقب على الفعل الواحد مرتين ، فإن كانت المحاكمة التى تمت على غير أساس الشريعة فليس للدولة أن تمتنع عن التسليم إذا كانت الدولة طالبة التسليم تنوى أن تحاكم الجانى طبقاً لنصوص الشريعة . ولا عبرة بالعقوبة التى وقعت على الجانى على خلاف نصوص الشريعه ، ولا قيمة للمحاكمة التى انتهت بهذه العقوبة ، لأنها محاكمة باطلة لقيامها على نصوص باطلة لا تعترف بها الشريعة . وللدولة المطلوب منها التسليم أن تمتنع عن التسليم إذا كانت تنوى أن تحاكم الجانى وتطبق عليه نصوص الشريعة ، وكانت

الدولة طالبة التسليم لا تطبق نصوص الشريعة ، أو لا تنوى تطبيقها [illegible]
لايكون إلا فى الجرائم ذات العقوبات المقدرة [illegible]

وعلة جواز التسليم ومنع التسليم واحدة [illegible]
جزءاً من دار الإسلام وأن كل الدول الإسلامية [illegible]
منها أن تقيم حدوده ، وتنفذ أحكامه ، فى حالة [illegible]
غريبة عنه ، ولا يحاكم بشريعة يجهلها ، ولا يعرضه التسليم [illegible]
لا يقصد منه إلا ضمان تحقيق العدالة والزجر عن الإجرام [illegible]
عن التسليم لدولة إسلامية [illegible] الامتناع إلا [illegible]
العدالة والزجر عن الإجرام

٢٢٥ ـ التسليم [illegible]
إسلامية أن تسلم رعاياها [illegible]
ارتكبوها فى تلك الدار . ولا يجوز لدولة إسلامية [illegible]
إسلامية أخرى لدولة غير إسلامية ، لأن هؤلاء [illegible]

ولا تجيز الشريعة لدولة إسلامية أن تسلم [illegible]
لدار الإسلام من دار الحرب ، ولو طلبته الدولة التى كان [illegible]
هناك اتفاق سابق على التسليم . فإن كان هناك اتفاق سابق [illegible]
إلا الباطل منها . ويعتبر الاتفاق على التسليم باطلا إذا كان [illegible]
أريد به تسليم المسلمين [illegible]
شرط يقضى بتسليم [illegible]
الإسلام قبل الاتفاق أو [illegible]
غير إسلامية [illegible]
يطلبونها فى دار الحرب [illegible] لقوله تعالى : [illegible]
مهاجرات فامتحنوهن الله أعلم بإيمانهن [illegible]

إلى الكفار ، لَا هُنَّ حِلٌّ لهم ولا هم يَحِلُّون لهن ﴾ [الممتحنة : ١٠] .

وقد اختلف فى صحة شرط تسليم الرجال المسلمين بعد الاتفاق ، فيرى أحمد و بعض الفقهاء فى مذهب مالك أنه صحيح ويجب الوفاء به(١) ويرى أبوحنيفة و بعض الفقهاء فى مذهب مالك أن شرط التسليم باطل ، حيث لايجيزون تسليط غير المسلم على المسلم بأى حال(٢) ، و يفرق الشافعية بين من له عشيرة تحميه ، فى دار الحرب ، ومن ليس له عشيرة تحميه ، و يجيزون تسليم الأول دون الثانى ، وأساس منع التسليم عندهم هو خشية الفتنة(٣) .

ويلاحظ أن من أسلم من أهل دار الحرب ولجأ إلى دار الإسلام يعتبر بدخوله دار الإسلام من أهل هذه الدار ، ورعية للدولة الإسلامية التى دخل أرضها ، ومن ثم فالدولة حين تمتنع عن تسليمه إنما تمتنع عن تسليم أحد رعاياها ، وهذا فى ذاته تطبيق لقاعدة الشريعة العامة التى لا تجيز للدولة الإسلامية أن تسلم رعاياها لدولة غير إسلامية ، ولا يعتبر تسليم الرعايا لدولة إسلامية أخرى خروجاً على هذه القاعدة العامة ، لأن أراضى الدول الإسلامية كلها تعتبر داراً للاسلام وتخضع لشريعة واحدة هى الشريعة الإسلامية ، ولأن كل دولة إسلامية تمثل النظام الإسلامى فى العالم كله .

ويجوز لأى دولة إسلامية أن تسلم المستأمن للدولة التى يتبعها إذا طلبته لتعاقبه على جريمة ارتكبها فى بلده بشرط أن يكون هناك اتفاق يقضى بذلك ، ولكن ليس لها أن تسلمه إلى دولة أخرى غير دولته ، لأن هذا يتنافى مع عقد الأمان الذى أعطى له فأمن بمقتضاه على نفسه ، إلا أن يكون هناك عهد بين الدولة الإسلامية و بين الدولة طالبة التسليم يقضى بالتسليم فيعتبر الأمان قائما على

(١) المغنى ج ١٠ ص ٥٢٤ — مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٨٦ .

(٢) فتح القدير ج ٤ ص ٢٩٦ — روح المعانى للألوسى ج ٢٨ ص ٦٧ ، ٦٨ — مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٨٧ .

(٣) المهذب ج ٣ ص ٢٧٧ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ٢٢٧

أساس التقيد بهذا العهد ، ويجوز التسليم وفاء بالعهد .

وقاعدة الشريعة التى تقضى بأن لاتسلم الدولة رعاياها هى القاعدة التى تأخذ بها أكثر الدول اليوم ، ولـكن بعض الدول كانجلترا وأمريكا تجيز تسليم رعاياها دون اشتراط المثل ، وهو مبدأ لا تأخذ به الشريعة إلا فيما بين الدول الإسلامية فقط . فالمبدءان المعمول بهما اليوم فى العالم هما مبدءا الشريعة الإسلامية بالذات ، ولـكن الشريعة تطبق كلا منهما فى حالات معينة ، بينما الدول اليوم تأخذ بأحد المبدأين دون الآخر ، ولا تجمع بينهما كما فعلت الشريعة .

والدول الحديثة متفقة اليوم على أن لا تسلم من يكون خاضعاً لقضائها فى الجريمة المطلوب التسليم من أجلها ولو كان الجانى أجنبياً . وهذا تطبيق لمبادىء الشريعة ، لأن الدولة إذا كانت مختصة بالجريمة فعليها أن تعاقب الجانى ، وإذا عاقبته فلا معنى لتسليمه بعد ذلك .

٢٣٦ – تسليم الأرقاء : – وتتفق الدول اليوم على عدم تسليم الأرقاء الهاربين ، وهو مبدأ قررته الدول فى القرن الماضى بعد إبطال الرق ، ولـكن هذا المبدأ قررته الشريعة الإسلامية من مدة تزيد على ثلاثة عشر قرنا ، ونستطيع أن نقول : إنه تقرر على وجه التحديد يوم الحديبية ، فقد لجأ عدد من عبيد قريش إلى معسكر المسلمين فى هذا اليوم ، فأرسلوا فى طلبهم وقالوا لرسول الله صلى الله عليه وسلم : إنهم ماخرجوا رغبة فى دينك ، وإنما خرجوا هروباً من الرق ، فقال ناس من المسلمين : صدقوا يارسول الله ردهم عليهم . فغضب رسول الله ، وقال : « هم عتقاء الله » .

والقاعدة فى الشريعة أن الرقيق إذا أسلم ولجأ إلى دار الإسلام ، أومعسكر المسلمين أو أسلم وبقى فى دار الحرب حتى ظهر المسلمون عليها فهو حر فى كل هذه الأحوال ، ولا يجوز رده[1] .

---

(١) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ٣٤٦ — المهذب جـ ٢ ص ٢٧٩ — المغنى جـ ١٠ ص ٥٢٣ مواهب الجليل جـ ٣ ص ٣٨٦ .

ويرى الشافعي رده في حالة واحدة ، وهي إذا أسلم في دار الحرب ثم هاجر إلى دار الإسلام ، وكان بين أهل دار الحرب و بين دار الإسلام عهد ، لأن العبيد أموال ، وأهل دار الحرب في أمان على أنفسهم وما لهم بالعهد القائم بينهم و بين دار الإسلام ، ويرد أحمد على هذا الرأى بأن الأمان أعطى لهم على ما فى قدرة المسلمين عليه وما هو في قبضة المسلمين ، والأرقاء في قبضة أهل دار الحرب لا في قبضة المسلمين(١) .

تسليم المجرمين السياسيين والعسكريين : — وتتفق الدول أيضاً على عدم تسليم المجرمين في الجرائم السياسية والجرائم العسكرية ، وليس في نصوص الشريعة الإسلامية ما يمنع من إقرار هذه الجزئيات ؛ لأنها لا تختلف مع قواعد الشريعة العامة التى بسطناها فيما سبق .

— **هل يمكن معاقبة الحربيين الذين أسلموا ولجأوا إلى دار الإسلام** : عرفنا أن الشريعة لا تجيز تسليم النساء إطلاقاً ، وأنها لا تجيز تسليم الرجال ما لم يكن هنالك اتفاق سابق ، وأن تسليم الرجال حتى في حالة الاتفاق متنازع عليه ، فهل يمكن مع هذا أن نعاقب المسلم الذى لجأ من دار الحرب إلى دار الإسلام على جريمته التى ارتكبها في دار الحرب؟ وللرد على هذا السؤال يجب أن نفرق بين فرضين ، أولهما أنه ارتكب هذه الجرائم قبل الإسلام ، وثانيهما أنه ارتكبها بعد الإسلام ، فإن كانت الجرائم قبل الإسلام فلا عقاب عليها إطلاقاً لأن القاعدة في الشريعة أن الإسلام يجب ما قبله ، وأساس هذه القاعدة قوله تعالى : ﴿قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف﴾ [الأنفال : ٣٨] وقد طبقت هذه القاعدة على من آذوا الرسول والمسلمين ، ومن قتلوا المسلمين أو مثلوا بهم ، مثل كعب بن أبى الذى آذى الرسول والمسلمين بهجائه ، ومثل وحشى قاتل حمزة بن عبد المطلب ، ومثل هند زوجة أبى سفيان التى مثلت بحمزة بعد قتله

---

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٧٩ — أسنى المطالب ج ٤ ص ٢٢٨ — المغنى ج ١٠ ص ٥٢٣ .

أما إذا كانت الجرائم قد ارتكبت بعد الإسلام ، فإذا طبقنا نظرية أبى حنيفة وأبى يوسف فلاعقاب ، لأن الجرائم وقعت فى أرض الحرب ولا ولاية للمسلمين عليها ، والعقاب على الجريمة يقتضى الولاية على محل الجريمة وقت وقوعها . و إذا طبقنا نظرية مالك والشافعى وأحمد وجب العقاب ، بشرط أن يكون الجانى عالما أو فى إمكانه أن يعلم أن الشريعة تحرم هذه الأفعال ، فإن لم يكن عالما ولا فى إمكانه أن يعلم بالتحريم فلا عقاب ، و إن كان عالما أو فى إمكانه أن يعلم فإنه يعاقب على ما تحرمه الشريعة ، أما مالا تحرمه فلا عقوبة عليه ولو كان محرما فى دار الحرب[1] .

٢٢٩ — ثانيا — إبعاد المجرمين : — يختلف حكم الإبعاد بحسب ما إذا كان الشخص من أهل دار الإسلام أو من أهل دار الحرب : —

إبعاد المسلمين والذميين : — رأينا فيما سبق أن بلاد المسلمين جميعا تعتبر وحدة واحدة ، وتسمى دار الإسلام . و يترتب على اعتبارها وحدة واحدة أنه لا يجوز منع المسلم أو الذمى من دخول أى إقليم إسلامى آخر غير الإقليم الذى يقيم فيه أصلا .

والأصل فى الشريعة الإسلامية أنه لا يجوز إبعاد المسلم أو الذمى عن دار الإسلام ، لأن نفى المسلم عن دار الإسلام يعرضه للفتنة ، و يؤدى به إلى الهلكة و يحول بينه و بين إظهار شعائر الدين ، ولأن نفى الذمى عن دار الاسلام مناقض لعقد الذمة .

و يترتب على اعتبار بلاد المسلمين وحدة واحدة ، وعلى عدم جواز إبعاد المسلم أو الذمى عن دار الاسلام ، أنه لايجوز لدولة إسلامية أن تبعد مسلما أو ذميا

---

(١) راجع الفقرات من ٢١٤ إلى ٢١٦ والفقرة ٢٩٨ .

من أرضها ، ولو كان المسلم أو الذمى من غير رعاياها ، ولو كان قد دخل أرضها ليقيم بها إقامة مؤقتة .

فقواعد الشريعة الإسلامية إذن لا تسمح بمنع المسلم أو الذمى من دخول أى بلد إسلامي ، ولا تبيح إبعاد المسلم أو الذمى من أى بلد إسلامى دخله ، لأن المسلم أو الذمى لا يعتبر بأى حال أجنبيا عن دار الإسلام ، ولا عن دوله ، فكل بلد فى دار الاسلام تعتبر بلده ، وكل دولة أو حكومة فيها تعتبر دولته وحكومته ؛ لأنها تمثل الاسلام ، ومن يعتنقه من المسلمين ، ومن يلتزم أحكامه من الذميين ، قبل أن تمثل الاقليم ومن يتوطنه من المسلمين والذميين .

و إذا كان الأصل أنه لا يجوز منع رعايا دولة إسلامية من الدخول فى أرض دولة إسلامية أخرى ، أو إبعادهم عنها ، فهل يجوز إذا دعت لذلك ضرورة المحافظة على الأمن العام ، أو النظام ، أن تضع الدول قيودا على دخول البلاد التى تحكمها بقدر ماتستدعيه تلك الضرورة ، وهل يجوز للدول الإسلامية إذا دعت الضرورة إبعاد من ليسوا رعاياها أصلا إلى بلادهم الأصلية أو إلى أى بلد آخر ؟

من القواعد الأولية فى الشريعة الاسلامية أن الضرورات تبيح المحظورات وأن كل ضرورة تقدر بقدرها ، ومعنى ذلك أن مالا يباح عمله فى الظروف العادية يباح عمله عند الضرورة ، بشرط أن لا يتعدى ذلك الحاجة ودواعى الضرورة ، وتطبيقا لهاتين القاعدتين الأوليتين يجوز للدول الاسلامية عند الضرورة أن تضع قيودا على دخول البلاد التى تحكمها ، بقدر ما تستدعيه حالة الضرورة ، و بشرط أن لا يمكن دفع الضرورة بوسيلة أخرى ، و يجوز للدول الاسلامية عند الضرورة أن تبعد أى مسلم أو ذمى عن أرضها ، إذا لم يكن هناك وسيلة لدفع الضرورة إلا الابعاد . و يجوز أن يكون الابعاد لبلد المبعد الأصلية أو لأى بلد إسلامى آخر ، ولكن لا يجوز بأى حال أن يكون الإبعاد إلى دار الحرب ، ولو كان بين دار الاسلام و بين المكان الذى أبعد إليه من دار الحرب موادعة .

ولـكنى مع هذا أرى أنه ليس لدولة إسلامية أن تحرم دخول أرضها على رعايا دول إسلامية أخرى ، ولا أن تمنعهم من الإقامة فيها بحجة ضرورة المحافظة على الأمن والنظام ، أو بأية حجة أخرى ، لأن فى يد كل دولة من إجراءات الأمن ، ومن نصوص الشريعة ، ما يسد الحاجة ويدفع كل ضرورة ، ويمكن الدولة من المحافظة على الأمن والنظام ، وحماية كل مرفق ، ومراقبة المشبوهين ، وأخذهم بنشاطهم المضاد لمصالح الدولة ، وإذا كان هذا كله فى متناول الدولة ولا يعطل تنفيذه قاعدة من قواعد الشريعة ، فليس للدولة أن تعدل عنه بحجة الضرورة إلى ما يعطل قاعدة هامة من قواعد الشريعة ، وإذا كانت الدولة لا تستطيع إبعاد رعاياها ولا منعهم من دخول أرضها ، وتكتفى فى دفع ما يصدر منهم بهذه الوسائل التى ذكرناها ، فأولى بالدولة أن تكتفى بنفس هذه الوسائل فى دفع الغرباء والمهاجرين الذين هم أضعف حيلة وأقل مقاومة من الرعايا المستوطنين .

فعلى كل دولة إسلامية إذن أن لا تبعد رعايا الدول الإسلامية الأخرى ، وأن لا تمنعهم من دخول أرضها ، وأن تعاملهم كرعاياها تماما ، وإذا أتوا ما يخل بالأمن عاقبتهم بما يستحقون كما تعاقب رعاياها ، وهذا الذى نقول هو الرأى الذى يتفق مع أغراض الشريعة الإسلامية ومراميها من توحيد دار الإسلام وجعلها دار أمن وسلام لكل مسلم وذمى ، أما الرأى المضاد فيؤدى فوق ما ذكرنا له من عيوب إلى عدم المساواة ، وإثارة النعرات الوطنية والجنسية ، وهذا ما يحاربه الإسلام ولا يرضاه .

٢٣٠ - إبعاد الحربيين : - ليس للحربيين أن يدخلوا دار الاسلام إلا بإذن خاص ، أو بناء على عهد طبقا لقواعد الشريعة الاسلامية ، وليس لهم إذا سمح لهم بدخول دار الاسلام أن يقيموا فيها إلا إقامة مؤقتة لا تزيد على سنة واحدة

فى رأى أبى حنيفة والشافعى و بعض الحنابلة[١]، أما البعض الآخر فيرى مع مالك أن الاقامة المؤقتة ليس لها مدة معينة[٢] . والأصل عند الشافعى أن مدة الاقامة لاتزيد على أربعة أشهر إلا إذا رأى الامام وكان فى ذلك مصلحة[٣] .

و إذا انتهت مدة إقامة الحربى كان من حق الدولة الاسلامية أن تبعده من أرضها ، ولها أن تبعده ولولم تنته مدة إقامته إذا أتى ما يخل بالأمن ، أو خشى منه الاخلال بالأمن ، تطبيقا لقوله تعالى : ﴿ وإما تخافن من قوم خيانة فانبذا إليهم على سواء ﴾ [الأنفال : ٥٨] ولقوله تعالى : ﴿ فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم ﴾ [التوبة : ٧] على أنه يشترط عند الابعاد أن يبعد الحربى إلى مكان يأمن فيه على نفسه ، أو أن يرد إلى مأمنه ، لأنه دخل دار الاسلام على أمان ، فوجب أن لا يعرض للهلكة ، وأن يرد إلى المكان الذى يأمن فيه ، وذلك قوله تعالى : ﴿ ثم أبلغه مأمنه ﴾ [التوبة : ٦] .

ويلاحظ أنه لا يجوز إبعاد الذمى ولو خشى من خيانته ، أو أتى ما يدل على خيانته ، و يفرقون بينه وبين المستأمن بأن الذمى من رعايا الدولة ، ويقيم فى دار الاسلام إقامة دائمة ، فهو كالمسلم فى قبضة الامام ، وخيانته إن ظهرت يمكن استدراكها وعقابه عليها كخيانة المسلم ، أما المستأمن فليس كذلك ، ومن الصعب استدراك خيانته[٤] ،

٢٣١ - الشريعة والقوانين : تأخذ القوانين الوضعية بمبدأ منع الأجانب من دخول أرض الوطن ، و إبعادهم عنها بعد دخولهم كلما اقتضت ذلك مصلحة عامة ، ولا تجيز القوانين الوضعية دخول الأجانب أرض الدولة إلا بإذن ،

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٣٥١ - المغنى ج ١٠ ص ٤٣٧ .
(٢) المغنى ج ١٠ ص ٤٣٦ - مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٥٩ .
(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ٢٠٤ .
(٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٩٤ - مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٨٦ - المهذب ج ٢ ص ٢٩٤ - المغنى ج ١٠ ص ٥٢٠ وما بعدها .

على أن يقيموا إقامة مؤقتة ، فإذا انتهت هذه المدة أخرجوا من أرض الدولة مالم تجدد مدة الاقامة ، وهذه المبادىء التى لم تعرفها القوانين الوضعية إلا أخيراً هى نفس المبادىء التى جاءت بها الشريعة من ثلاثة عشر قرنا ، وتتفق القوانين الوضعية مع الشريعة أيضا فى عدم جواز إبعاد رعايا الدولة ، أومنعهم من دخول أرض الوطن ، ولكن القوانين الوضعية تختلف مع الشريعة فى أن القوانين لا توجب إبلاغ الشخص المبعد إلى مأمنه ، كما توجب ذلك الشريعة ، ويكفى فى معظم القوانين أن يبعد الشخص عن أرض الدولة ولو عرضه ذلك للهلاك ، وتفوق الشريعة فى هذه المسألة لايحتاج إيضاحا .

٢٣٢ - *الجنسية فى الشريعة* : - تقوم الجنسية فى الشريعة الاسلامية على أساس الدار ، أو بتعبير آخر على أساس الاسلام ومسالمته ، والتزام أحكامه أو الكفر به ، فأهل دار الاسلام لهم جنسية واحدة سواء كانوا مسلمين أو ذميين محكومين بحكومة واحدة أو بحكومات متعددة ، ومهما تميز المصرى عن السورى أو العراقى أو المغربى فذلك تمييز محلى أو إقليمى لاينبنى عليه حكم شرعى ولايؤدى إلى تمييز فى الخارج .

وأهل دار الحرب لهم جنسية واحدة مهما تعددت بلادهم وحكوماتهم ، ومهما تميز الانجليزى عن الفرنسى أو الأمريكى فذلك تمييز داخلى فيما بينهم ، ولكن أحكام الشريعة واحدة بالنسبة لهم جميعاً متفرقين ومجتمعين ، على أن الشريعة لاتمنع من النظر إلى الدول الأجنبية المختلفة كل على حدة بحسب ظروفها ، فيجوز مثلا أن يكون بين المسلمين وبين الانجليز حرب ، وأن يكون بين المسلمين وبين الفرنسيين عهد أو هدنة وهكذا .

وأساس الجنسية فى دار الاسلام اعتناق الاسلام ، أو التزام أحكامه ، فمن اعتنق الاسلام فهو مسلم ، ومن التزم أحكام الاسلام ولم يسلم فهو ذمى ، وأساس الجنسية فى دار الحرب هى إنكار الاسلام وعدم التزام أحكامه .

وتتغير الجنسية فى الشريعة بتغيير الأساس الذى تقوم عليه ، فتتغير جنسية الحربى باعتناق الإسلام ، أو بالدخول فى ذمة المسلمين والتزام أحكام الإسلام . ويشترط للدخول فى الذمة الهجرة إلى دار الإسلام ، فلا يعتبر المحارب ذمياً وهو فى بلده إلا أن يدخل البلد كله فى الذمة ويلتزم أهله أحكام الإسلام فلا تشترط حينئذ الهجرة ؛ لأن البلد يصبح بذلك دار إسلام . وتتغير جنسية المحارب بإسلامه دون حاجة لهجرته إلى دار الإسلام ، وإن كان أبو حنيفة يشترط لاعتباره معصوماً أن يهاجر إلى دار الاسلام .

وتتغير جنسية المسلم والذمى بتغير الأساس الذى تقوم عليه . فتتغير جنسية المسلم بالردة ، وتتغير جنسية الذمى بعدم التزام أحكام الإسلام ، وبالإقامة الدائمة فى دار الحرب .

والزواج يجعل الزوجة تابعة للزوج ، ولكنه لا يؤدى وحده لتغير الجنسية فالمسلم أو الذمى إذا تزوج فى دار الحرب من محاربة لم تلحق به الزوجة فى جنسيته إلا إذا دخلت دار الاسلام ، فإن دخلت دار الاسلام أصبحت بالزواج والهجرة لدار الاسلام ذمية ، وإذا تزوج المستأمن فى دار الاسلام من ذمية فلا يصير ذمياً بزواجها ، ولا تصير هى بزواجه حربية إلا إذا رضى هو أن يقيم فى دار الاسلام إقامة دائمة فيصبح ذمياً ، وإلا إذا هاجرت هى مع زوجها إلى دار الحرب . وإذا تزوج المسلم من حربية فأسلمت تغيرت جنسيتها بالاسلام دون حاجة للهجرة ؛ لأن الجنسية تتغير أصلا بالاسلام وحده ، فالزواج ليس هو الذى يكسب الجنسية وإنما هو الاسلام والتزام أحكامه والاقامة بداره . وتغير جنسية الزوج لا يؤثر على جنسية المرأة ، فالذمى إذا أقام بدار الحرب ولم تلحق به زوجته صار حربيا ، وبقيت هى ذمية ، والمسلم إذا ارتد صار حربيا ، ولم يؤثر ذلك على جنسية زوجته إلا إذا ارتدت مثله .

ويتبع الصغار ومن فى حكمهم كالمجنون أبويهم فى الجنسية ، فإذا أسلم الزوجان أو دخلا فى الذمة تبعهما أولادهما غير المميزين ، وإذا أسلم الأب وحده أو دخل

فى الذمة تبعه الأولاد غير المميزين ، وإذا أسلمت الأم وحدها أو دخلت فى الذمة تبعها الأولاد غير المميزين فى رأى أبى حنيفة والشافعى وأحمد ، وتبعوا الأب فى رأى مالك .

ويتبع الأولاد غير المميزين أبويهم فى الجنسية على الوجه السابق كلما كان التغيير من جنسية أدنى إلى جنسية أعلى ، والجنسية الإسلامية هى العليا ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: « الإسلام يعلو ولا يعلى » فإذا كان التغيير من الجنسية العليا إلى الجنسية الدنيا فلا يتبع الأولاد من غير جنسيته من الأبوين ، بل يبقون على جنسيتهم الأولى ، فإذا ارتد الزوجان المسلمان وأصبحا محاربين بقى أولادهما غير المميزين مسلمين ، وكذلك الحكم لو ارتد أحد الأبوين فقط[1] .

هذه هى القواعد العامة التى تقوم عليها الجنسية فى الشريعة الإسلامية ، وهناك تفاصيل ليس هذا محل ذكرها ، وهذه القواعد العامة التى جاءت بها الشريعة هى نفس القواعد العامة التى تأخذ بها القوانين الوضعية اليوم فى مسائل الجنسية ، فالجنسية تقوم فى القوانين على أساس الإقليم ، فكل من يقيم إقامة دائمة فى أرض الدولة فله جنسيتها . وهذا يقابل الاقامة الدائمة فى دار الإسلام وتسقط الجنسية عن الشخص وتتغير إذا أقام فى أرض دولة أخرى مدة معينة ورضى بالدخول فى جنسيتها ، وتتبع المرأة جنسية الزوج بشروط معينة ، ويتبع الأولاد الصغار جنسية الأبوين كقاعدة عامة .

---

(١) المغنى ج ١٠ من ص٩٣ إلى ٩٦ ـ مجلة القانون والاقتصاد س ١ ع ١ ص ١١ـ١٤ شرح الزرقانى ج ٨ ص ٦٩ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٣ .

الفصل الرابع

فى سريان النصوص الجنائية على الأشخاص

٢٣٣ - *تمهيد تاريخى* : كان القانون الوضعى حتى آخر القرن الثامن عشر يميز بين الأفراد ولايعترف بالمساواة بين المحكومين ، وكان يميز بينهم فى المحاكمة وفى توقيع العقوبة ، وفى تنفيذ العقوبة ، وكانت المحاكم تتعدد تبعاً لتعدد طوائف الأمة ، فللأشراف محاكم خاصة وقضاة من طبقة معينة ، ولرجال الدين محاكم خاصة وللجمهور محاكم خاصة ، ولكل من هاتين الطائفتين قضاتها . وكانت الجريمة الواحدة يعاقب عليها أمام هذه المحاكم المختلفة بعقوبات مختلفة ، وكان لشخصية الجانى اعتبارها فى القانون ، فالعمل الذى يأتيه الشريف ويعاقب عليه بأتفه العقوبات ، يعاقب عليه الشخص العادى إذا أتاه بأقسى العقوبات ، وكانت العقوبة تنفذ على الشريف بطريقة تتفق مع شرفه ، ولكنها تنفذ على رجل الشارع بطريقة تتفق مع ضعته وحطته ؛ فإذا حكم بالإعدام مثلا على شريف ووضيع ضربت رقبة الشريف بالسيف ، وشنق الوضيع فى حبل كما تشنق الكلاب ، وكانت بعض الأفعال تعتبر جرائم إذا أتاها العامة يحاسبون عليها أشد الحساب ، بينما يأتيها الأشراف ورجال الدين فى كل وقت فلا يحاسبون عليها ولايحاكمون عنها .

كان هذا شأن القانون الجنائى الوضعى حتى أواخر القرن الثامن عشر ، أو حتى جاءت الثورة الفرنسية ، فجعلت المساواة أساساً من الأسس الأولية فى القانون ، وأصبحت القاعدة أن تسرى نصوص القوانين على الجميع ، ولكن مبدأ المساواة بالرغم من ذلك لم يطبق تطبيقاً دقيقاً حتى الآن ، إذ لم يكن من السهل التخلص من التقاليد القديمة دفعة واحدة وإنكار الماضى كله ، فبقيت حالات من التمييز وعدم المساواة اعتبرت استثناءات من مبدأ المساواة التامة ، وراح بعض الكتاب ينتحل لها المعاذير أو يبررها بحيل قانونية ، بينما راح

البعض ينتقدها و يطالب بإلغائها ، وكانت الغلبة للفريق الأخير ، إذ اتجهت إلى رأيه بعض التشريعات الحديثة التي وضعت فى آخر القرن التاسع عشر وفى القرن الحالى ، فضيقت من مدى هذه الاستثناءات أو حاولت أن تقضى على بعضها وأغلب المفكرين اليوم يدعون إلى المساواة التامة ، و يعملون جاهدين لتحقيقها ، وقد تتحقق المساواة التامة قريباً وقد لا تتحقق ، ولكنها الأمل الذى تختاج له القلوب وتتجه إليه الإنسانية .

٢٣٤ – أمثلة على عدم المساواة فى القوانين الوضعية : ومن أظهر الأمثلة على عدم المساواة فى القوانين الوضعية ما يأتى :

ا — تمييز رئيس الدولة — : تميز القوانين الوضعية دائماً بين رئيس الدولة الأعلى ملكا كان أو رئيس جمهورية وبين باقى الأفراد ، فبينما يخضع الأفراد للقانون لا يخضع له رئيس الدولة بحجة أنه مصدر القانون ، وأنه السلطة العليا ، فلا يصح أن يخضع لسلطة هى أدنى منه وهو مصدرها .

وتعتبر بعض الدساتير ذات الملك مقدسة كالدستور الدانمركى والدستور الأسبانى قبل الجمهورية ، أما الدستور الإنجليزى فيجعل ذات الملك مصونة لا تمس ، و يفترض أن الملك لا يخطىء ، وفى بلجيكا ومصر ذات الملك مصونة لا تمس ، وكذلك كان الحال فى إيطاليا ورومانيا قبل إلغاء النظام الملكى .

والأصل فى النظام الجمهورى أن رئيس الجمهورية غير مسئول ، وكانت شعوب العالم تعترف بهذا الوضع لرؤساء الدول الجمهورية حتى القرن التاسع عشر ، ثم بدأت تخرج عليه تحقيقاً لمبدأ المساواة ، فالدستور الفرنسى يجعل رئيس الجمهورية مسئولا جنائياً فى حالة واحدة هى حالة الخيانة العظمى ، ودستور تشكوسلوفاكيا قبل الحرب الأخيرة أجاز التحقيق مع رئيس الجمهورية فى حالة الخيانة العظمى ، والدستور البولندى الذى وضع بعد حرب سنة ١٩١٤ جعل رئيس الجمهورية مسئولا جنائياً فى حالة الخيانة العظمى والاعتداء على الدستور

كما جعله مسئولا إذا ارتكب جريمة عادية ، واشترط لمحاكمته إذن البرلمان وأغلبية خاصة .

ونستطيع أن نستخلص مما سبق أن القوانين الوضعية تأخذ بنظريات ثلاث فى مسئولية رؤساء الدول عما يرتكبون من جرائم : فالنظرية الأولى لا تجعل الرئيس مسئولا عن أية جريمة ارتكبها ، والنظرية الثانية تجعله مسئولا عن بعض الجرائم دون البعض الآخر ، والنظرية الثالثة تجعله مسئولا عن كل الجرائم التى يرتكبها .

ولاشك أن مسئولية رؤساء الدول قد تطورت فى القوانين الوضعية تطوراً عظيما ، فبعد أن كانت القاعدة العامة — حتى القرن الثامن عشر — إعفاءهم من المسئولية إعفاء تاماً ، أهملت تلك القاعدة ، وأصبح الكثيرون من رؤساء الدول مسئولين مسئولية جزئية أو مسئولية تامة .

ب — تمييز رؤساء الدول الأجنبية : وتعفى القوانين الوضعية رؤساء الدول الأجنبية ملوكا كانوا أو رؤساء جمهوريات من أن يحاكموا على ما يرتكبونه من الجرائم فى أى بلد آخر غير بلادهم ، سواء دخلوه بصفة رسمية أو متنكرين، وهذا الإعفاء يشمل كل أفراد حاشية الملك أو رئيس الجمهورية ، وحجة شراح القوانين فى هذا الإعفاء أن إجازة محاكمة رؤساء الدول وأفراد حاشيتهم لاتتفق مع مايجب لهم من كرم الضيافة والتوقير والاحترام ، وهى حجة لاتستقيم مع المنطق لأن رئيس الدولة الذى ينزل بنفسه إلى حد ارتكاب الجرائم يخرج على قواعد الضيافة ، ولايستحق شيئاً من التوقير والاحترام ، ومثل هذا يقال فى أفراد الحاشية والواقع أن الإعفاء تقليد قديم كان معمولا به قبل أن تأخذ القوانين الوضعية بمبدأ المساواة ، وظل معمولا به حتى اليوم ، وقد ساعد على بقائه اعتراف الدول به ، وصيرورته جزءاً من القانون الدولى ، والمعروف أن القانون الدولى لا يتطور بمثل السرعة التى تتطور بها القوانين الخاصة .

حـ — تمييز رجال السلك السياسى: تعفى القوانين الوضعية المفوضين السياسيين الذين يمثلون الدول الأجنبية من أن يسرى عليهم قانون الدولة التى يعملون فيها، و يشمل الإعفاء حاشيتهم وأعضاء أسرهم، وحجة شراح القوانين فى هذا الإعفاء أن الممثلين السياسيين يمثلون دولهم أمام الدولة التى يعملون فى أرضها، وليس لدولة على أخرى حق العقاب، وأن الإعفاء ضرورى لتمكينهم من أداء وظائفهم، وحتى لا تتعطل بتعريضهم للقبض والتفتيش والمحاكمة. ويمكن الرد على هاتين الحجتين بأن الممثل السياسى ليس إلا فرداً من رعايا دولة أجنبية، وأن للدولة حق العقاب على رعايا الدول الأجنبية إذا ارتكبوا جريمة فى أرضها، ولا يمكن أن يعطل سريان القانون على الممثل السياسى أعمال هذا الممثل ما دام يحترم القانون و يطيعه ولا يعرض نفسه للوقوع تحت طائلته.

د — تمييز أعضاء الهيئة التشريعية: وتعفى القوانين الوضعية ممثلى الشعب فى البلاد النيابية من العقاب على ما يصدر منهم من الأقوال أثناء تأدية وظائفهم، وقد أخذ الدستور المصرى بهذا الاتجاه، فمنع من مؤاخذة أعضاء البرلمان على ما يبدونه من الأفكار والآراء فى المجلسين[1]، أى أنه أعفاهم من المسئولية عن الجرائم القولية الشفوية أو الكتابية التى تلقى أو تكتب فى دار المجلسين، والمقصود من هذا الإعفاء إعطاء أعضاء البرلمان قدراً من الحرية يساعدهم على أداء وظائفهم حق الأداء، إلا أن الإعفاء بالرغم من هذا اعتداء صارخ على مبدأ المساواة؛ لأن هناك مجالس نيابية أخرى هى مجالس المديريات ليس لأعضائها أن يتمتعوا بمثل الحصانة التى يتمتع بها أعضاء البرلمان؛ ولأن هناك من الوطنيين من يشتغل بالمسائل العامة وله فيها تأثير أكثر مما لأى عضو من أعضاء البرلمان، وبالرغم من ذلك فهم محرومون من مثل حصانة أعضاء البرلمان.

هـ — تمييز الأغنياء: وتميز القوانين الوضعية الأغنياء على الفقراء فى كثير

---

(١) المادة ١٠٩ من الدستور المصرى.

من الحالات ، ومن الأمثلة على ذلك فى القانون المصرى أن قانون تحقيق الجنايات يوجب على القاضى أن يحكم بالحبس فى كثير من الجرائم ، على أن يقدر للمحكوم عليه كفالة مالية إذا دفعها أجل تنفيذ الحكم عليه حتى يفصل فى الاستئناف و إن لم يدفعها حبس دون انتظار لنتيجة الاستئناف [١] . وفى هذا خروج ظاهر على مبدأ المساواة ، إذ يستطيع الغنى دائماً أن يدفع الكفالة فلا ينفذ عليه الحكم بينما يعجز الفقير عن دفعها فى أغلب الأحوال ، فينفذ عليه الحكم فى الحال .

ويجيز قانون تحقيق الجنايات المصرى للمتهم المحبوس أن يعترض على حبسه فينظر اعتراضه أمام القاضى ، وللأخير أن يفرج عن المتهم بضمان مالى [٢] . وفى تقرير مبدأ الضمان المالى خروج ظاهر على مبدأ المساواة لأن الغنى يستطيع دائماً أن يدفع الضمان المالى فيخرج من محبسه ، أما الفقير فهو فى أغلب الأحوال عاجز عن دفع الضمان ، فيظل رهين محبسه ، وقد تقص المحكمة ببراءته مما نسب إليه ، فتكون النتيجة أنه حبس لا لأنه أجرم ، بل لأنه عجز عن دفع الكفالة أو بتعبير آخر ؛ لأنه فقير .

و — تمييز الظاهرين من أفراد الجماعة : وتميز القوانين الوضعية الظاهرين من أفراد الجماعة على غيرهم ، ومن الأمثلة على ذلك فى القانون المصرى أن لوكيل النيابة أن يرفع الدعوى العمومية على المتهم فى جنحة دون استئذان جهة ما ، ولكن إذا كان المتهم موظفاً أو محامياً أو طبيباً أو عضواً فى البرلمان أو شخصية ظاهرة فإن وكيل النيابة لا يستطيع رفع الدعوى العمومية إلا بعد استئذان جهات معينة ، ويجوز لوكيل النيابة أن يحفظ القضية اكتفاء بجزاء إدارى يوقع على الموظف أو الطبيب أو المحامى ، وبذلك ينجو المتهم من العقوبة الجنائية ، ومثل هذا الحفظ غير ممكن بالنسبة لأفراد الشعب العاديين .

---

(١) المادة ١٨٠ من قانون تحقيق الجنايات المصرى .

(٢) المواد من ١٠٤ إلى ١١٠ من قانون تحقيق الجنايات .

ويجيز القانون المصرى لمن وقع عليه ضرر من جريمة أن يطالب بتعويض
ما أصابه من الضرر ، والمحاكم حين تقدر هذا التعويض تراعى مركز الشخص
وماله ، وما أصابه من ضرر وما فاته من نفع ، فلو أن مدير شركة وعاملاً في تلك
الشركة أصيبا فى حادث واحد بإصابات متماثلة فطالبا بتعويض ، لكان التعويض
الذى يحكم به لمدير الشركة ضخماً كبيراً ، ولكان التعويض الذى يحكم به
للعامل تافهاً ضئيلا .

وقد جرى الشارع المصرى على هذه الطريقة فيما حدده من تعويضات عن
إصابات العمال أثناء عملهم بإصابات تؤدى إلى تعطيلهم أو عجزهم أو وفاتهم ،
حيث أوجب أن يكون تعويض العامل أو ورثته على أساس مرتب العامل فى
مدة معينة ولمدة معينة . فإن كان مرتبه صغيراً كان تعويضه قليلا ، وإن كان
مرتبه كبيراً كبر التعويض [1] . ويترتب على ذلك أنه لو أصيب عاملان يعملان فى
مصنع واحد ، وفى حادث واحد ، وتحت ظروف واحدة ، ففقد كل منهما ذراعه
الأيمن ، أو يده اليمنى ، أو إبهامه الأيمن مثلا ، فإن صاحب المرتب الأقل منهما
يكون تعويضه أقل من التعويض الذى يصرف لزميله .

٢٣٥ – بين القانون والشريعة : — هذه هى نظرية المساواة التى تأخذ
بها القوانين الوضعية الحديثة لا تزال مهيضة الجناح ، فليست هناك مساواة تامة
بين الرؤساء والمرءوسين ، والحاكمين والمحكومين ، ولا بين الفرد والجماعة ،
ولا بين الجماعة والجماعة ، ولا بين الغنى والفقير .

ولقد يدهش بعض الذين لا يعلمون أن يعلموا أن نظرية المساواة التى لم
تنضج ولم تتكامل بعد فى القانون الوضعى الحديث قد نضجت فى الشريعة وتكاملت
تمام التكوين ووصلت إلى أقصى مداها فى الشريعة الإسلامية ولا تزال الشريعة

(١) المواد من ٢٥ إلى ٢٩ من ق ٦٤/١٩٣٦ الخاص بإصابات العمال والجدول الملحق به

الإسلامية على القوانين الوضعية بهذا فقط ، بل تمتاز عليها أيضاً بأنها عرفت نظرية المساواة على هذا الوجه من أربعة عشر قرناً ، بينما لم تبدأ القوانين الوضعية بمعرفتها إلا فى آخر القرن الثامن عشر .

و يستطيع المفكرون المثاليون طلاب المساواة التامة أن يرجعوا إلى الشريعة الإسلامية ، فإن المساواة التامة التى يبحثون عنها قائمة فى الشريعة ، يحوطها من جمال التكوين ، وجلال التقنين ، وعدالة التشريع ، ما يبهر أبصارهم و يحير ألبابهم ، ولكنه دون شك يحقق أحلامهم و يشبع أطماعهم .

٢٣٦ - نظرية المساواة فى الشريعة : — جاءت الشريعة من يوم نزولها بنظرية المساواة التامة ، فقررت المساواة على إطلاقها ، فلا قيود ولا استثناءات ، وإنما مساواة تامة بين الأفراد ، ومساواة تامة بين الجماعات ، ومساواة تامة بين الأجناس ، ومساواة تامة بين الحاكمين والمحكومين ، ومساواة تامة بين الرؤساء والمرءوسين ، لا فضل لرجل على رجل ، ولا لأبيض على أسود ، ولا لعربى على أعجمى . وذلك قول الله تعالى: ﴿ يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى . وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا، إن أكرمكم عند الله أتقاكم ﴾ [الحجرات:١٣] وذلك ما أكده رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قوله: «الناس سواسية كأسنان المشط الواحد ، لا فضل لعربى على عجمى إلا بالتقوى» وفى قوله: «إن الله قد أذهب بالإسلام نخوة الجاهلية وتفاخرهم بآبائهم ، لأن الناس من آدم ، وآدم من تراب ، وأكرمهم عند الله أتقاهم» .

فالناس جميعاً فى الشريعة متساوون على اختلاف شعوبهم وقبائلهم ، متساوون فى الحقوق ، متساوون فى الواجبات ، متساوون فى المسئوليات ، وهم فى ذلك كأسنان المشط الواحد لا تزيد سن عن سن ، ولا تنقص سن عن سن ، أو هم فى ذلك كأبناء الرجل الواحد والمرأة الواحدة ، ترشحهم وحدة أصلهم إلى المساواة فى حقوقهم ، وواجباتهم ومسئولياتهم ، لا فضل لرجل على رجل كما يفضل اليوم أبناء انجلترا وفرنسا على أبناء المستعمرات التابعة لهاتين الدولتين ،

ولا فضل لأبيض على أسود كما يفضل اليوم الأمريكى الأبيض على الأمريكى الأسود ، ولا فضل لعربى على عجمى ، أى لا فضل لجنس على جنس كما ادعت ألمانيا وغيرها من دول أوروبا أفضليتها على بقية الأجناس .

والتقوى هى وحدها نصاب التفاضل بين الناس فى الشريعة الإسلامية ، ولكنه تفاضل فى حدود معينة ، تفاضل بين الناس عند ربهم فقط ، فأكرمهم عند الله أتقاهم ، وكون التقى كريما على الله لا يعطيه حقا عند الناس يزيد على ما لغيره من الحقوق، فالتقوى صفة تؤثر فى صلة الإنسان بربه أكثر مما تؤثر فى صله الإنسان بغيره ، والتفاضل الذى ينشأ عن التقوى هو تفاضل معنوى لامادى

وتطبق الشريعة مبدأ المساواة إلى أوسع مدى يتصوره العقل البشرى ، ولهذا لا تفرق نصوصها بين الرؤساء والمرءوسين ، ولا بين الملوك والسوقة ، ولا بين ممثلى الدول السياسيين والرعاية العاديين، ولا بين ممثلى الشعب وأفراده ، ولا بين الأغنياء والفقراء ، ولا بين الظاهرين والخاملين ، وسنبين فيما يلى حكم هذه الحالات التى جعلناها أمثلة على انعدام المساواة فى القوانين .

٢٣٧ ـ المساواة بين رؤساء الدول والرعايا : ـ تسوى الشريعة بين رؤساء الدول والرعايا فى سريان القانون ، ومسئولية الجميع عن جرائمهم ، ومن أجل ذلك كان رؤساء الدول فى الشريعة أشخاصا لا قداسة لهم ، ولا يمتازون على غيرهم . وإذا ارتكب أحدهم جريمة عوقب عليها كما يعاقب أى فرد .

ولقد كان الرسول صلى الله عليه وسلم وهو نبى ورئيس دولة لا يدعى لنفسه قداسة ولا امتيازا،وكان يقول دائما:﴿إنما أنا بشر يوحى إلى﴾،﴿وهل كنت إلا بشرا رسولا﴾ وكان قدوة لخلفائه وللمسلمين فى توكيد معانى المساواة بين الرؤساء والمرءوسين . دخل عليه أعرابى فأخذته هيبة الرسول. فقال له صلى الله عليه وسلم : « هون عليك . فإنما أنا ابن امرأة كانت تأكل القديد » وتقاضاه غريم له دينا فأغلظ عليه،فهم به عمر بن الخطاب ، فقال الرسول : « مه ياعمر، كنت أحوج إلى

[illegible] من خوفه ، وكان أحوج إلى أن تأمره بالصبر[1] » . وخرج أثناء مرضه بين الفضل بن عباس وعلى حتى جلس على المنبر ، ثم قال : «أيها الناس من كنت جلدت له ظهراً فهذا ظهرى فليستقد منه ، ومن كنت شتمت له عرضا فهذا عرضى فليستقد منه ، ومن أخذت له مالا فهذا مالى فليأخذ مه ، ولا يخش الشحناء من قبلى فإنها ليست من شأنى ، ألا و إن أحبكم إلى من أخذ منى حقاً إن كان له ، أو حللنى فلقيت ربى وأنا طيب النفس » . ثم نزل فصلى الظهر، ثم رجع إلى المنبر فعاد لمقالته الأولى[2]

وجاء خلفاء الرسول من بعده فنسجوا على منواله ، واهتدوا بهديه ، فهذا أبو بكر رضى الله عنه يصعد إلى المنبر بعد أن بويع بالخلافة ، فتكون أول كلمة يقولها تأكيداً لمعنى المساواة ، ونفياً لمعنى الامتياز . قال : أيها الناس ، قدوليت عليكم ولست بخيركم ، إن أحسنت فأعينونى ، و إن أسأت فقومونى . ثم يعلن فى آخر كلمته أن من حق الشعب الذى اختاره أن يعزله . فيقول : أطيعونى ما أطعت الله ورسوله ، فإذا عصيت الله ورسوله فلا طاعة لى عليكم[3] .

وهذا عمر بن الخطاب يولى الخلافة فيكون أكثر تمسكا بهذه المعانى ، حتى إنه ليرى قتل الخليفة الظالم . خطب يوماً فقال : لوددت أنى و إياكم فى سفينة فى لجة البحر تذهب بنا شرقا وغربا ، فلن يعجز الناس أن يولوا رجلا منهم ، فإن استقام اتبعوه ، و إن جنف قتلوه . فقال طلحة : وماعليك لو قلت و إن تعوج عزلوه ، قال : لا ، القتل أنكل لمن بعده[4] .

وأعطى أبو بكر القود من نفسه ، وأقاد للرعية من الولاة . وفعل عمر بن

---

(١) زاد المعاد ج ١ ص ٥٩ .
(٢) تاريخ ابن الأثير ج ٢ ص ١٥٤ .
(٣) تاريخ ابن الأثير ج ٢ ص ١٦٠ .
(٤) تاريخ ابن الأثير ج ٣ ص ٣٠ .

الخطاب مثل ذلك ، وتشدد فيه ، فأعطى القود من نفسه أكثر من مرة[١] .
ولما قيل له فى ذلك قال : رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطى القود من نفسه وأبا بكر يعطى القود من نفسه ، وأنا أعطى القود من نفسى[٢] .

ومن تشدد عمر فى هذا الباب أنه ضرب رجلا فقال له الرجل : إنما كنت أحد رجلين : رجل جهل فعلم ، أو أخطأ فعفى عنه . فقال له عمر : صدقت ، دونك فامتثل أى اقتص[٣] .

وأخذ عمر الولاة بما أخذ به نفسه ، فما ظلم وال رعيته إلا أقاد من الوالى للمظلوم ، وأعلن على رءوس الأشهاد مبدأه هذا فى موسم الحج ، حيث طلب من ولاة الأمصار أن يوافوه فى الموسم ، فلما اجتمعوا خطبهم وحطب الناس قال: أيها الناس ، إنى ما أرسل إليكم عمالا ليضربوا أبشاركم ، ولا ليأخذوا أموالكم ، وإنما أرسلهم إليكم ليعلموكم دينكم ، وسنة نبيكم ، فمن فعل به شيء سوى ذلك فليرفعه إلى فوالذى نفس عمر بيده لأقصنه منه . فوثب عمرو بن العاص فقال : ياأمير المؤمنين ، أرأيتك إن كان رجل من المسلمين على رعيته فأدب بعض رعيته إنك لتقصنه منه ؟ فقال : أى والذى نفس عمر بيده ، إذن لأقصنه منه ، وكيف لاأقصه منه ! وقد رأيت النبى صلى الله عليه وسلم يقص من نفسه[٤]

وقد جرى العمل فى الشريعة على محاكمة الخلفاء والملوك والولاة أمام القضاء العادى ، وبالطريق العادى ، فهذا هو على بن أبى طالب فى خلافته ، يفقد درعا له ويجدها مع يهودى يدعى ملكيتها ، فيرفع أمره إلى القاضى ، فيحكم لصالح اليهودى ضد على . وهذا هو المغيرة والى الكوفة يتهم بالزنا . فيحاكم على الجريمة

---

(١) سيرة عمر بن الخطاب لابن الجوزى ص ١١٣ ـ ١١٥ .
(٢) الأم ج ٦ ص ٤٤ .
(٣) الخراج لأبى يوسف ص ٦٥ .
(٤) تاريخ ابن الأثير ج ٣ ص ٢٠٨ وكتاب الخراج لأبى يوسف ص ٦٦

المنسوبة إليه بالطريق العادى. ويقص علينا التاريخ أن المأمون وهو خليفة المسلمين اختصم مع رجل بين يدى يحيى بن أكثم قاضى بغداد ، فدخل المأمون إلى مجلس يحيى وخلفه خادم يحمل طنفسة لجلوس الخليفة ، فرفض يحيى أن يميز الخليفة على أحد أفراد رعيته . وقال : ياأمير المؤمنين لا تأخذ على صاحبك شرف المجلس دونه ، فاستحيا المأمون ، ودعا للرجل بطنفسة أخرى ، وبعض الخصومات التى كانت تثور بين الخليفة والولاة وبين الأفراد كانت تفض بطريق شرعى بحت «هو التحكيم» ، كما فعل عمر بن الخطاب، فقد أخذ فرسا من رجل على سوم فحمل عليه فعطب ، فخاصم الرجل عمر ، فقال عمر : أجعل بينى و بينك رجلا ، فقال الرجل : إنى أرضى بشريح العراقى ، فقال شريح لعمر : أخذته صحيحاً سليما فأنت له ضامن حتى ترده صحيحاً سليما ، وكان هذا الحكم الذى صدر ضد عمر هو الذى حفز عمر لتعيين شريح قاضياً

وفقهاء الشريعة الإسلامية و إن كانوا يشترطون فى الإمام أى رئيس الدولة الاسلامية شروطا لا تتوفر فى كل شخص ، إلا أنهم يسوونه بجمهور الناس أمام الشريعة ، ولا يميزونه عنهم فى شىء . وهذا متفق عليه فيما يختص بالولاة والحكام والسلاطين والملوك الذين يخضعون للخليفة أو يستمدون سلطتهم منه ، إلا أنهم اختلفوا فى الإمام الذى ليس فوقه إمام ، ولهم فى سريان نصوص الشريعة عليه نظريتان : —

النظرية الأولى : وهى نظرية أبى حنيفة ، ويرى أن كل شىء فعله الإمام الذى ليس فوقه إمام مما يجب به الحد كالزنا والشرب والقذف لا يؤاخذ به إلا القصاص والمال ، فإنه إذا قتل إنساناً أو أتلف مال إنسان يؤاخذ به ؛ لأن الحد حق الله تعالى ، وهو المكلف بإقامته ومن المتعذر أن يقيم الحد على نفسه ؛ لأن إقامته بطريق الخزى والنكال ولا يفعل ذلك أحد بنفسه ، ولا ولاية لأحد

عليه ليستوفيه ؛ ولأن فائدة الإيجاب الاستيفاء ، فإذا تعذر لم يجب ، بخلاف حقوق العباد كالقصاص وضمان المتلفات ؛ لأن حق استيفائها لمن له الحق فيكون الإمام فيه كغيره ، وإن احتاج إلى المنعة فالمسلمون منعته فيقدر بهم على الاستيفاء، فكان الوجوب مفيدا[1] .

وخلاصة ما سبق أن الجرائم التى تمس حقوق الجماعة لا يعاقب عليها الإمام الذى ليس فوقه إمام ؛ لا لأنه معفى من العقاب ، ولكن لتعذر إقامة العقوبة عليه ، إذ أنه صاحب الولاية على غيره ، وليس لغيره ولاية عليه حتى يقيم عليه العقوبة ؛ ولأن ولاية العقاب فى الجرائم التى تمس حقوق الجماعة للإمام وليست للأفراد ، وإذا كانت الشريعة توجب العقاب على هذه الجرائم ، إلا أن ولاية الإمام على حق العقاب فى هذه الجرائم تمنع من العقاب على الجرائم التى يرتكبها الإمام ، حيث لا يعقل أن يعرض الإمام نفسه للخزى والنكال بإقامة الحد على نفسه ، وإذا امتنع تنفيذ العقوبة فقد امتنع الواجب وهو العقاب ، وإذا امتنع الواجب لم يعد واجبا .

فالفعل المحرم فى رأى أبى حنيفة يظل محرما ويعتبر جريمة ، ولكن لا يعاقب عليه لعدم إمكان العقاب . ويترتب على هذا أن الإمام لو زنا وهو محصن فقتله أى فرد من الأفراد فإن القاتل لا يعاقب على القتل ؛ لأنه قتل شخصا مباح الدم[2] ، إذ الزنا من محصن عقوبته الموت . ولما كانت عقوبة الزنا من الحدود ، والحدود لا يجوز تأخيرها ولا العفو عنها ، فإن قتل الزانى المحصن يعتبر واجبا لابد منه إزالة للمنكر ، وتنفيذاً لحدود الله ، فمن يقتل الزانى المحصن فإنه يؤدى واجبا عليه ، ومن ثم فلا يمكن اعتباره قاتلا .

أما الجرائم التى تمس حق الأفراد كالقتل والجرح ، فيرى أبو حنيفة أن

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٠ ، ١٦١ ــ البحر الرائق ج ٥ ص ٢٠ ــ الزيلعى ج ٣ ص ١٨٧ .

(٢) حاشية الطهطاوى ج ٤ ص ٢٦٠ .

الإمام الذى ليس فوقه إمام يؤخذ بها و يعاقب عليها ؛ لأن حق استيفائها ليس له أصلا ، و إنما هو للمجنى عليهم وأوليائهم ، وإذا قام الإمام باستيفاء العقوبة فى هذه الجرائم فإنما يقوم به نيابة عن الأفراد ، ولمنع الحيف والإضرار بالغير . فإذا ارتكب الإمام جريمة من هذا النوع ، كان للأفراد أصحاب الحق الأصلى فى استيفاء العقوبة أن يستوفوا العقوبة من الإمام مستعينين فى ذلك بالقضاء وبالجماعة ، وإذا استوفى الأفراد العقوبة الواجبة عن غير طريق القضاء فلا حرج عليهم ؛ لأنهم فعلوا ما هو حقهم[1] .

وإذا ولى الإمام نائباً عنه أو قاضياً للحكم فى كل الجرائم ، كان من حق النائب أو القاضى أن يأخذ الإمام الذى ليس فوقه إمام بكل جريمة سواء مست حقا لله أو حقا للأفراد[2] . وعلى هذا لو ترك للمحاكم تطبيق الشريعة أخذاً بنظام فصل السلطات ، كان للمحاكم أن تحكم على الإمام الذى ليس فوقه إمام بعقوبة أية جريمة يرتكبها .

ويؤخذ على نظرية أبى حنيفة أنها تقوم على أساس ضعيف ؛ لأن الإمام ليس إلا نائباً عن الجماعة ، ولأن الخطاب فى التشريع الإسلامى موجه للجماعة وليس للإمام ، وإنما أقامت الجماعة الإمام ليقيم أحكام الشريعة ، ويرعى صالح الجماعة ، فإذا ارتكب أحد الأفراد جريمة كان للإمام أن يعاقبه بما له من حق القيام على تنفيذ نصوص الشريعة نيابة عن الجماعة ، وإذا ارتكب الإمام نفسه جريمة عاد للجماعة حقها ، وعاقبت الإمام حيث لا يصلح للنيابة عنها فى هذه الحالة.

الثانية : وهى نظرية مالك والشافعى وأحمد ، وهؤلاء لا يفرقون بين جريمة وجريمة ، ويرون الإمام مسئولا عن كل جريمة ارتكبها سواء تعلقت بحق لله

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦١ .

(٢) نفس المرجع السابق .

أو بحق الفرد ؛ لأن النصوص عامة والجرائم محرمة على الكافة بما فيهم الإمام ، معاقب عليها ممن ارتكبها ولو كان الإمام ، ولا ينظر هؤلاء الأئمة إلى إمكان تنفيذ العقوبة كما ينظر الحنفية ؛ لأن تنفيذ العقوبات ليس للإمام وحده ، وإنما له ولنوابه ، فإذا ارتكب جريمة وحكم عليه بعقوبتها نفذ العقوبة على الإمام أحد من ينوبون عنه ممن لهم تنفيذ هذه العقوبة[١] .

ولم يكتف الفقهاء بتقرير عقوبة رئيس الدولة الأعلى على ما يرتكبه من جرائم ، بل بحثوا فيما إذا كان ينعزل بارتكابه الجرائم ، فرأى البعض أن الإمام ينعزل بارتكابه المحظورات ، وإقدامه على المنكرات ، تحكيما للشهوة وانقياداً للهوى ؛ لأن عمله هذا فسق يمنع من انعقاد الإمامة ، ويمنع من استدامتها[٢]

٢٣٨ – رؤساء الدول الأجنبية : وإذا كانت الشريعة لا تميز رئيس الدولة الإسلامية الأعلى فهي من باب أولى لا تميز رئيس دولة أجنبية[٣] ، وإذن فالشريعة تسرى على رؤساء الدول الأجنبية ، وعلى رجال حاشيتهم أثناء وجودهم فى دار الإسلام ، فإذا ارتكبوا أية جريمة عوقبوا عليها ، وإذا كان أبو حنيفة يرى عدم إمكان عقاب الإمام على الجرائم التى تمس حقوق الجماعة ، فإن هذا الرأى لا يفيد رؤساء الدول الأجنبية شيئاً ؛ لأن أساس هذا الرأى أن

---

(١) المدونة ج ١٦ ص ٥٧ – مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٢ ، ٢٩٦ ، ٢٩٧ – الإقناع ج ٤ ص ٢٤٤ ، ٢٤٥ – الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٤٢ ، ٣٤٣ ، ٣٨٢ – المهذب ج ٣ ص ١٨٩ – الأم ج ٦ ص ٣٦ – فقه القرآن والسنة ص ٩٧ .

(٢) الأحكام السلطانية للماوردى ص ١٤ – أسنى المطالب ج ٤ ص ١١١ .

(٣) المقصود من الدول الأجنبية الدول المحاربة التى تقوم فى دار الحرب ، أما الدول الإسلامية فلا تعتبر إحداها أجنبية بالنسبة للأخرى ، ولا تسمح قواعد الشريعة بإعفاء رؤساء الدول الإسلامية من عقوبات الجرائم التى ارتكبوها فى دولة إسلامية أخرى ، بل إنه يمكن عقابهم فى هذه الدولة الإسلامية على الجرائم التى ارتكبوها فى أى مكان من دار الإسلام ، وعلى الجرائم التى ارتكبوها فى دار الحرب على التفصيل الذى بينا فى الفقرة ٢١٨ .

الإمام لا يمكن أن ينفذ العقوبة على نفسه ، والعقوبة هنا لا تقع عليه وإنما تقع على غيره .

على أن رؤساء الدول في دار الحرب وحاشيتهم يمكن أن يستفيدوا من نظرية أبي حنيفة في تطبيق الشريعة على المستأمن . ورؤساء الدول في دار الحرب وحاشيتهم ليسوا إلا مستأمنين . وطبقا لهذه النظرية لا يعاقب المستأمن إلا على الجرائم التي تمس حق الأفراد ، أما الجرائم التي تمس حق الجماعة فلا يعاقب عنها . وقد علمنا أن أبا يوسف يخالف أبا حنيفة في هذا ، ويرى كما يرى باقي الأئمة عقاب المستأمن على كل الجرائم التي يرتكبها في دار الإسلام[1] .

٢٣٩ - رجال السلك السياسي : - تسرى الشريعة على رجال السلك السياسي فيما يرتكبون من جرائم في دار الإسلام ، سواء تعلقت الجرائم بحقوق الجماعة أو بحقوق الأفراد ، وليس في قواعد الشريعة ما يسمح بإعفائهم من تطبيق الشريعة عليهم ، إلا إذا أخذنا بنظرية أبي حنيفة في المستأمن ، وهي تقضي بسريان الشريعة على المستأمن إذا ارتكب جريمة تمس حق الأفراد فإذا ارتكب جريمة تمس حق الجماعة فلا تسرى عليه الشريعة .

ويلاحظ أن رجال السلك السياسي الذين يمكن اعتبارهم مستأمنين هم الذين ينتمون لدولة محاربة ويمثلونها وليسوا مسلمين ، أما المسلمون الذين يمثلون دولة محاربة أو دولة إسلامية فهؤلاء لا يعتبرون مستأمنين بحال ، وحكمهم حكم أي مسلم يقيم في دار الإسلام .

وليس في أخذ رجال السلك السياسي بجرائمهم ما يعيب الشريعة ، مادامت الشريعة تسوى بينهم وبين غيرهم من رعايا الدولة ، وتجعل حكمهم حكم رئيس الدولة ، ولكن العيب في التفرقة التي تأخذ بها القوانين الوضعية بحجة حمايتهم ،

---

(١) راجع الفقرة ٢١٤ وما بعدها .

وتمكينهم من أداء وظائفهم؛ لأن الممثل السياسى الذى يرتكب الجرائم لايستحق الحماية ، ولا يصلح لأداء وظيفته ، ولأنه لا يحمى الممثل شىء مثل ابتعاده عن الشبهات والمحرمات ، وإذا خيف من اتخاذ الاتهام ذريعة للضغط على الممثل فهو خوف فى غير محله؛ لأن هناك من وسائل الضغط ماهو أسهل وأسرع وأجدى من الاتهام ، فمنع محاكمة الممثل السياسى لايمنع من الضغط عليه والتأثير فيه ، والحجج التى يبررون بها منع المحاكمة لا تبرر المنع بحال من الأحوال .

٢٤٠ **أعضاء الهيئة التشريعية** : ـ لا تسمح قواعد الشريعة بإعفاء أعضاء البرلمان من العقاب على الجرائم القولية التى يرتكبونها فى دار البرلمان ؛ لأن الشريعة تأبى أن تميز فرداً على فرد ، أو جماعة على جماعة ، ولأنها تأبى أن تسمح لفرد أو هيئة بارتكاب الجرائم مهما كانت وظيفة الفرد أو صفة الجماعة .

وقد يظن البعض أن القانون يتفوق فى هذه الناحية على الشريعة ، ولكن قليلا من التفكير يؤدى بنا إلى القطع بأن الشريعة تتفوق فى هذه الناحية تفوقا عظيما ، سواء نظرنا إلى المسألة من وجهتها الفنية ، أو نظرنا إلى المسألة من الوجهة الاجتماعية والأخلاقية .

فالقانون الوضعى يقوم فى جرائم القول على قاعدة النفاق والرياء ، ويعاقب الصادق والكاذب على السواء ، والمبدأ الأساسى فى القانون أنه لايجوز أن يقذف امرؤ آخر أو يسبه أو يعيبه ، فإن فعل عوقب سواء كان صادقاً فيما قال أو كاذبا.

وإذا كان هذا المبدأ يحمى البرءاء من ألسنة الكاذبين الملفقين ، فإنه يحمى أيضاً الملوثين والمجرمين والفاسقين من ألسنة الصادقين .

وبهذا المبدأ الذى قام عليه القانون، انعدم الفرق بين الخبيث والطيب، والمسىء والمحسن ، وانعدم الحد بين الرذيلة والفضيلة ، وبهذا المبدأ انحط المستوى الأخلاقى بين الشعوب ، فالطيب لا يستطيع أن ينقد الخبيث، والخبيث سادر فى غيه، ذاهب

إلى نهاية طوره ؛ لأنه لا يخشى رقيبا ولا حسيبا من الجماهير ، ولا يستطيع امرؤ طبقا لهذا المبدأ القانونى أن يسمى الأسماء بمسمياتها ، وأن يصف الموصوفات بأوصافها ، لايستطيع أن يقول لمن زنى يازانى، ولا يستطيع أن يقول لمن سرق ياسارق ، ولا يستطيع أن يقول للمفترى يا كاذب ، فإن قالها باء بالعقوبة ، وباء الزانى والسارق والكاذب فوق حماية القانون بالتعويض المالى على مانسب إليهم من قول هو عين الحق والصدق .

ذلك هو مبدأ القانون فى جرائم القول ، يحرم على الناس أن يقولوا الحق وأن يتناهوا عن المنكر ،وأن يحطوا من قدر المسىء ليرفعوا من قدر المحسن والإحسان.

وقد شعر واضعوا القانون المصرى بخطورة هذا المبدأ على الشعب إذا طبق على إطلاقه ، فاستثنوا منه حالات أربع هى :—

١ — حالة الطعن فى أعمال موظف عام أو شخص ذى صفة نيابية أومكلف بخدمة عامة، فإن الطاعن لايعاقب على طعنه إذا حصل بسلامة نية ، وكان لايتعدى أعمال الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة، بشرط أن يثبت الطاعن حقيقة كل فعل أسند إلى المقذوف(١) . وقد تقرر هذا الاستثناء ، لإشعار الموظف والنائب والمكلف بخدمة عامة أن أعمالهم معرضة للانتقاد ، فيدعوهم ذلك إلى الإحسان ما استطاعوه .

٢ — حالة دعوة الأمة إلى الانتخاب: فإن نص المادة ٦٨ من قانون الانتخاب يبيح الأقوال الصادقة عن سلوك المرشح وأخلاقه أثناء المعركة الانتخابية بالرغم من تحريم قانون العقوبات هذه الأقوال فى الأوقات العادية، وقد جعلت هذه الإباحة ليستطيع كل مرشح وكل ناخب أن يقول مايعرف عن سلوك المرشح وأخلاقه دون خوف من العقاب ، وليسهل على الناخبين أن يميزوا بين المرشحين ويختاروا

(١) تراجع المادة ٣٠٢ من قانون العقوبات المصرى .

من يصلح للنيابة عنهم بعد أن يسمعوا عنه كل ما يتعلق بسلوكه وأخلاقه .

٣ — حالة انعقاد البرلمان : فإن أعضاءه لا يؤاخذون على ما يبدونه من الأفكار والآراء فى المجلسين طبقا لنص المادة ١٠٩ من الدستور . وقد وضع هذا النص لتمكين نواب الأمة من أن يقولوا ما يشاءون دون تحرج أو خوف من المحاكمة والعقاب .

و يلاحظ أن هذه الحالة تختلف عن الحالتين السابقتين فى أن القاذف فى الحالتين السابقتين لا ينجو من العقاب إلا إذا كان صادقا فيما قال ، أما عضو البرلمان فلا يحاكم ولا يعاقب سواء كان صادقا فيما قال أو مختلقا لما قال .

٤ — حالة المحاكمة والتقاضى : فالمادة ٣٠٩ من قانون العقوبات تنص على الإعفاء من العقاب على القذف أو السب الذى يحدث من الخصوم أو وكلائهم فى دفاعهم الشفوى أو الكتابى أمام المحاكم ، ولا يترتب عليه إلا المقاضاة المدنية أو المحاكمة التأديبية .

و يلاحظ أن القاذف والساب لا يعاقب جنائيا على قذفه أو سبه سواء كان صادقا أو كاذبا فيما قال .

هذا هو مبدأ القانون المصرى وهو نفس المبدأ الذى تأخذ به القوانين الوضعية بصفة عامة ، وهذه هى مستثنيات المبدأ فى مصر ، وهى لا تكاد تختلف كثيراً عما فى معظم القوانين الوضعية .

والعيب الفنى فى نصوص القانون المصرى هو التناقض الظاهر وانعدام الانسجام . فبينما المبدأ الأساسى يقوم على حماية الحياة الخاصة للأفراد ، إذا بالاستثناءات تقوم على إباحة الحياة الخاصة والعامة، وبينما المبدأ الأساسى هو تحريم القول الصادق والكاذب على السواء ، إذ ببعض الاستثناءات تبيح القول الصادق فقط، و بعضها

يبيح القول الصادق والقول الكاذب معا ، وليس بعد هذا تناقض ولا اضطراب .

والعيب الخلقى الاجتماعى أن القانون حين قرر حماية الحياة الخاصة للأفراد قد قضى بإفساد الحياة العامة للجماعة ؛ لأن الأفراد هم الذين يكوّنون الجماعة ، وإذا صلحوا صلحت الجماعة ، ولا يمكن أن يتصور وجود جماعة صالحة أفرادها فاسدون. ولا شك أن حماية حياة الأفراد الخاصة يؤدى إلى فساد أخلاقهم ، وهدم الوازع الأدبى فى نفوسهم ، فمن يحاول أن يوجد جماعة صالحة من هؤلاء قبل اجتثاث الفساد من نفوسهم ، فهو كمن يحاول إقامة بيت من لبنات تالفة غير متماسكة ، فلا يكاد ينتهى من بنائه حتى يخر عليه من السقف أو ينتقض من القواعد .

أما المبدأ الأساسى للجرائم القولية فى الشريعة فأساسه تحريم الكذب والافتراء ، وإباحة الصدق فى كل الأحوال ، ولذلك فلا عقاب فى الشريعة على من يقول الحق ، ولا مؤاخذة على من يسمى الأشياء بمسمياتها ، والموصوفات بأوصافها ، لا عقاب على من يقول للزانى يازانى إذا أثبت أنه زان ، ولا عقاب على من يقول للسارق إنك سارق إذا أثبت أنه سارق ، ولا عقاب على من يقول للكاذب إنك كاذب إذا لم يعد قول الحق

وليس لهذا المبدأ استثناءات ما ، فكل إنسان يستطيع أن يطعن فى أعمال الموظفين العموميين والنواب والمكلفين بخدمات عامة ، وينسب إليهم عيوبهم مادام يستطيع إثبات مطاعنه ، وله أن يتعدى أعمالهم العامة إلى أعمالهم وحياتهم الخاصة ما دام يستطيع إثبات مطاعنه ، وليس لهم أن يتضرروا من عيوبهم ولا من الصفات القائمة فى أعمالهم أو أشخاصهم .

ولم تحم الشريعة الإسلامية الحياة الخاصة للموظفين العموميين ومن فى حكمهم كما تفعل القوانين الوضعية ؛ لأن الشريعة لا تحمى النفاق والرياء والكذب ولأن الشخص الذى لا يستطيع أن يسير سيرة حسنة فى حياته الخاصة ليس أهلا

فى نظر الشريعة لأن يتولى شيئاً من أمور الناس فى حياتهم العامة .

وكل إنسان فى وقت الانتخاب وفى غير الانتخاب يستطيع طبقاً للشريعة أن يقول للمحسن هذا محسن ، وللمسىء هذا مسىء ، مادام يستطيع أن يثبت إساءة المسىء ، وكل إنسان سواء كان عضواً فى البرلمان أو فى أية هيئة أخرى ، أو كان عاطلا من عضوية الهيئات على الإطلاق ، له الحق فى أن ينسب ما يشاء إلى من شاء ، مادام يستطيع أن يثبت ما ينسبه إلى هؤلاء . فليس فى الشريعة كما فى القانون ما يدعو إلى تحليل الصدق فى وقت الانتخابات ، وتحريمه فى غير ذلك من الأوقات؛ لأن الشريعة توجب الصدق على الدوام ، ولا تحرمه فى أى ظرف من الظروف أو زمن من الأزمان.

وليس فى الشريعة كما فى القانون ما يدعو إلى تحليل الصدق والكذب معاً لأعضاء البرلمان والمتقاضين ؛ لأن ذلك يجعل الصدق والكذب بمنزلة سواء ، والشريعة توجب الصدق كل الوجوب وتحرم الكذب كل التحريم ، فلا تجمع فى حكم واحد بين المتناقضين ؛ ولأن أعضاء البرلمان هم أهل الرأى والشورى ، فإذا أحل لهم الكذب وأمنوا العقوبة عليه ، كانوا أقرب إلى مظنة الوقوع فيه ، وما قيمة الرأى والمشورة من قوم يظن فيهم أنهم لا يصدقون فى كل الأحوال ؟ ولأن الشريعة الإسلامية تقوم على المساواة ، وفى تمييز أعضاء البرلمان والمتقاضين خروج على مبدأ المساواة .

هذا هو مبدأ الشريعة الإسلامية فى الجرائم القولية يقوم على الصدق وتحريم الكذب ، ويقوم على المساواة والمنطق والأخلاق الفاضلة ، ويرمى إلى إصلاح الجماعة وتقويمها ، وتشجيع الصالح وكبت الطالح ، وتربية الأفراد على الأخلاق الحسنة ، ورفع مستوى الفضيلة بين الجماعة ، وشتان بين هذا المبدأ فى قوته وصلاحيته ، وبين مبدأ القانون فى ضعفه وتهافته .

٢٤١ - الأغنياء والفقراء : لا تفرق الشريعة بين الأغنياء والفقراء فهم لدى الشريعة سواء ، وقواعد الشريعة لا تسمح أن يستفيد الغنى من غناه أو أن

يضارّ الفقير بفقره ، ولهذا لاتعترف الشريعة بنظام الضمان المالى أو الكفالة المالية إذا كانت العقوبة الحبس لا لشىء إلا لأنه نظام يقوم على غير المساواة .

والمعروف فى الشريعة هو نظام الكفالة الشخصية ، ويطبق فى حالة الحبس للدين ، فمن كان محبوساً لدين جاز أن يفرج عنه إذا كان له كفيل ، ولا شك أن كل محبوس لدين يستطيع أن يجد شخصاً يكفله ؛ لأن الحبس للدين لايكون إلا عند الامتناع عن الدفع مع القدرة عليه ، ولكن كل محبوس لا يستطيع أن يدفع فوراً قدراً من المال . أما الحبس فى الجرائم على ذمة التحقيق والمحاكمة فيراه بعض الفقهاء نوعاً من التعزير ، أى عقوبة اقتضتها حالة الاتهام التى نزلت بالمتهم ، ويترتب على اعتبار هذا النوع من الحبس عقوبة أنه لا يمكن إخلاء سبيل المتهم بكفالة شخصية ؛ لأن الكفالة لا تقبل فى العقوبة . ويرى بعض الفقهاء أن الحبس فى هذه الحالة حبس للاحتياط[1] وليس عقوبة ، وعلى هذا الأساس تجوز فيه الكفالة الشخصية ، ولا شك أن كل محبوس حبساً احتياطيا يستطيع أن يجد له كفيلا ولكن كل محبوس لا يستطيع أن يدفع ضمانا ماليا. وسواء اعتبرنا الحبس تعزيراً أو احتياطا فإن قبول الكفالة الشخصية أو عدم قبولها أساسه المساواة التامة بين الأفراد .

٢٤٢ـ **الظاهرون فى الجماعة** : ـ لاتميز الشريعة الإسلامية بين الأفراد ، فهم لدى الشريعة سواء ، فالحاكم كالمحكوم، والشريف كالوضيع ، والقوى كالضعيف ، والنابه كالخامل . وقد عاتب الله رسوله عتاباشديداً؛ لأنه اهتم بأمر قادة قريش وسراتها أكثر مما اهتم بأمر فقير أعمى هو ابن أم مكتوم عمرو بن قيس ، جاء يسأل الرسول أن يعلمه مما علمه الله ، وكان النبى مجتمعاً فى هذا

---

(١) المدونة الكبرى ج ١٦ ص ١٤ ، ١٧ ، ١٨ ـ المبسوط للسرخسى ج ٢٦ ص ١٠٦ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٧ ـ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٤ .

الوقت بصناديد قريش وسراتها يكلمهم فى شأن الدعوة ، فكره أن يقطع عليه ابن أم مكتوم كلامه ، وظهرت هذه الكراهية فى وجهه ، وأعرض عنه وهو يطمع فى استمالة القوم ، فأنزل الله جل شأنه فى ذلك الحادث قوله: ﴿ عبس وتولى أن جاءه الأعمى ، وما يدريك لعله يزكى ، أو يذكر فتنفعه الذكرى ، أما من استغنى ، فأنت له تصدى ، وما عليك ألا يزكى ، وأما من جاءك يسعى ، وهو يخشى ، فأنت عنه تلهى ﴾ [عبس : ١ – ١٠] .

وقد حرص الرسول صلى الله عليه وسلم على تطبيق مبدأ المساواة وعدم التمييز بين الأفراد ، من ذلك أنه طبق هذا المبدأ يوم أن سرقت امرأة من أشراف قريش ، فتحدث الناس أن رسول الله عزم على قطع يدها ، وأعظموا ذلك وكلموا فيها الرسول فقام خطيباً فقال : ما إكثاركم على فى حد من حدود الله ، وقع على أمة من إماء الله ؟ والذى نفسى بيده لو كانت فاطمة بنت محمد نزلت بمثل الذى نزلت به لقطع محمد يدها[1] .

وخاصم عبد من عامة الناس عبد الرحمن بن عوف وهو من كبار الصحابة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فغضب عبد الرحمن بن عوف ، وسب العبد قائلا: يا ابن السوداء . فغضب النبى أشد الغضب ، ورفع يده قائلا: «ليس لابن بيضاء على ابن سوداء سلطان إلا بالحق» ، فاستخذى عبد الرحمن وخجل ، ورأى أن يعتذر للعبد أوضح اعتذار وآلمه للنفس ، فوضع خده على التراب ، وقال للعبد: طأ عليه حتى ترضى

وكلنا يذكر قصة جبلة بن الأيهم ، فقد داس أعرابى على إزاره وهما يطوفان بالكعبة ، فلطمه جبلة ، فشكاه الأعرابى إلى عمر بن الخطاب ، فأمر بالقصاص وعز على جبلة وهو شريف أن يقتص منه الأعرابى ، فهرب ولحق بأرض الروم وتنصر ، ثم أدركه الندم ، فقال مقالته المشهورة :

تنصرت الأشراف من أجل لطمة   وما كان فيها لو صبرت لها ضرر

(١) كتاب الخراج لأبى يوسف ص ٥٠ .

وكان عمر بن الخطاب حريصاً على التسوية بين الأشراف والعامة ، وله فى ذلك وقائع مشهورة[1] .

والقاعدة فى الشريعة أن التعويضات لا ينظر فيها إلى شخصية المجنى عليه ، ولا مركزه ، ولا ثروته ، وإنما يقدر التعويض على أساس نتيجة الفعل الذى وقع عليه ، فإذا قتل شريف ووضيع فديتهما واحدة ، وإذا أصيب عامل فى شركة ومدير الشركة فى حادث وترتب على الحادث أن فقد كل منهما ذراعاً أو إصبعاً عوض كل منهما تعويضاً مساوياً لتعويض الآخر .

٢٤٣ ـ **المسلمون والذميون** : ـ وتسوى الشريعة بين المسلمين والذميين فى تطبيق نصوص الشريعة فى كل ما كانوا فيه متساوين ، أما ما يختلفون فيه فلا تسوى بينهم فيه ؛ لأن المساواة فى هذه الحالة تؤدى إلى ظلم الذميين ، ولا يختلف الذميون عن المسلمين إلا فيما يتعلق بالعقيدة ، ولذلك كان كل ما يتصل بالعقيدة لا مساواة فيه ، والواقع أنه إذا كانت المساواة بين المتساوين عدل خالص فإن المساواة بين المتخالفين ظلم واضح ، ولا يمكن أن يعتبر هذا استثناء من قاعدة المساواة ، بل هو تأكيد للمساواة ، إذ المساواة لم يقصد بها إلا تحقيق العدالة ، ولا يمكن أن تتحقق العدالة إذا سوى بين المسلمين والذميين فيما يتصل بالعقيدة الدينية ؛ لأن معنى ذلك هو حمل المسلمين على ما يتفق مع عقيدتهم ، وحمل الذميين على ما يختلف مع عقيدتهم ، ومعناه أيضاً عدم التعرض للمسلمين فيما يعتقدون ، والتعرض للذميين فيما يعتقدون وإكراههم على غير ما يدينون ، ومعناه أخيراً الخروج على قواعد الشريعة العامة التى تقضى بترك الذميين وما يدينون ، والخروج على نص القرآن الصريح ﴿لا إكراه فى الدين﴾[البقرة:٢٥٦].

والجرائم التى تفرق فيها الشريعة بين المسلمين والذميين هى الجرائم القائمة على

---

(١) راجع سيرة عمر بن الخطاب لابن الجوزى من ص ٩٥ إلى ص ١٠٠ .

أساس دينى محض كشرب الخمر وأكل لحم الخنزير ، فالشريعة الإسلامية تحرم شرب الخمر وأكل لحم الخنزير ، ومن العدل أن يطبق هذا التحريم على المسلم الذى يعتقد طبقا لدينه بحرمة شرب الخمر وأكل لحم الخنزير ، ولكن من الظلم أن يطبق هذا التحريم على غير المسلم الذى يعتقد بأن شرب الخمر غير محرم وأن أكل لحم الخنزير لا حرمة فيه ، ولو طبقت قاعدة المساواة تطبيقا أعمى لأخذ الذميون بأفعال هى فى معتقدهم غير محرمة ، وفى هذا ظلم بيِّن ، فكان من العدل الذى أخذت به الشريعة نفسها أن قصرت التحريم على المسلمين دون غيرهم ، فالمسلم إذا شرب الخمر أو أكل لحم الخنزير ارتكب جريمة معاقبا عليها ، أما الذمى فلا يعتبر شربه الخمر وأكله لحم الخنزير جريمة .

ولكن يعاقب الذميون على الجرائم القائمة على أساس دينى إذا كان إتيانها محرما فى عقيدتهم ، أو يعتبر عندهم رذيلة . أو إذا كان إتيان الفعل مفسداً للأخلاق العامة ، أو ماسا بشعور الآخرين ، فمثلا شرب الخمر ليس محرما فى عقيدة الذميين ولكن السكر محرما عندهم ، أو هو رذيلة ، فضلا عن أنه مفسد للأخلاق العامة ، ومن ثم كان الذميون معاقبين على السكر دون الشرب ، فمن شرب حتى سكر عوقب ، ومن شرب ولم يسكر فلا عقوبة عليه . والشريعة توجب الصوم على المسلم ، وترى فى عدم الصوم معصية ، وفى التظاهر بالإفطار معصية ، ولكنها لا تعاقب على عدم الصوم إلا المسلم ؛ لأنه ملزم به طبقا لعقيدته ؛ ولأن غير المسلم ليس ملزما بالصوم ؛ لأنه لا يعتقد به ولو حمل عليه بالعقوبة ظلم وأكره على عمل مالا يعتقد ولا إكراه فى الدين . أما التظاهر بالإفطار فيعاقب عليه المسلم والذمى معا ؛ لأن الذمى وقد التزم أحكام الإسلام يجب عليه أن يمتنع عن كل ما يمس شعائر الإسلام وشعور المسلمين ، وهذا دون شك فى استطاعته ، ولا يمس أى مساس بعقيدته ، والتظاهر بالإفطار فيه مساس بشعيرة الصوم ، وبشعور الصائمين ، فإذا ما تظاهر الذمى بالإفطار عوقب على تظاهره

بالإفطار ، وإذا لم يتظاهر فلا عقاب عليه ولو أنه مفطر ؛ لأن الصوم ليس واجبا عليه .

٢٤٤ - **ميزة للشريعة** : ويترتب على التفرقة فى تطبيق نصوص الشريعة بين المسلمين والذميين أن تكون الجرائم فى الشريعة قسمين : قسم عام يعاقب على إتيانه كل المقيمين فى دار الإسلام ، وقسم خاص يعاقب على إتيانه المسلمون دون غيرهم ، ولا يمكن أن يقع إلا منهم ، وأساس هذا القسم هو الدين .

وليس فى القوانين الوضعية الحديثة -على ما أعلم- قانونا واحدا لم يسلك مسلك الشريعة من حيث جعل بعض الجرائم عاما يقع من كل الرعايا ، وبعضها خاصا يقع من بعض الرعايا فقط ، ولكن القوانين لا تجعل أساس التفرقة الدين .

وقد اضطرت الشريعة الإسلامية لسلوك هذا الطريق لتحقيق العدالة ، وتوفير حرية الاعتقاد ، والمحافظة على النظام ، وأساس النظام فى الشريعة هو الإسلام . أما القوانين الوضعية فليس فيها ما يحمل واضعيها على سلوك هذا الطريق ؛ لأن القوانين تجرد عادة من كل ماله مساس بالعقائد والأخلاق والدين على العموم ، ويكتفى فيها بتحريم ما يمس علاقات الأفراد المادية ، أو يمس الأمن ، أو نظام الحكم . وقد أدت طريقة القوانين إلى فساد الأخلاق ، وشيوع الفوضى ، والتحلل من كل القيود ، وأوجدت فى الجماهير روح التمرد ، والاستعداد للخروج على قواعد القانون والاستهانة بها ، فكثرت الثورات والانقلابات ، وصارت النظم تتغير يوما بعد يوم ، وكل نظام يلاقى مصير النظام الذى سبقه .

ولقد أوقع المشرعين الوضعيين فى هذا الخطأ الفاحش أنهم أرادوا أن يحققوا المساواة ، ويطبقوا مبدأ حرية الاعتقاد ، فلم يروا وسيلة لتطبيق هذين المبدأين معا إلا أن يجردوا القانون من كل ما يمس العقائد والأخلاق والأديان ، فأدى بهم هذا التطبيق السيء إلى هذه النتائج المحزنة ، ولو أنهم أخذوا بطريقة

الشريعة الإسلامية لضمنوا تحقيق ما شاءوا من مبادئ ، ولمنعوا من وقوع هذه المساوئ .

ولعل عذر المشرعين الوضعيين فيما حدث أن القوانين الوضعية كانت إلى ما قبل الثورة الفرنسية تقوم على أساس دينى يراعى فيه مذهب الحاكم واعتقاده، لا مذاهب المحكومين جميعاً وعقائدهم ، بحيث كان المخالفون فى العقيدة يحملون حملا بسطوة القانون على اعتناق مذهب الحاكم أو عقيدته ، وقد أدى هذا المسلك إلى إثارة الشحناء والبغضاء بين أفراد الشعب الواحد ، وإراقة الدماء وتعدد المذابح ، مما كان له رد فعل قوى حمل المشرعين أن يعالجوا هذه الحالة بتجريد القوانين الحديثة من كل ما يمس العقائد والأخلاق والأديان ، ولكن هذا العلاج أدى إلى نتائج لا تقل سوءا كما رأينا ، ولا أظن أن هناك علاجا موفقا كالعلاج الذى ارتأته الشريعة ، فإنه يؤدى إلى الأخذ بمبدأى المساواة وحرية الاعتقاد ، كما يؤدى فى الوقت نفسه إلى الاحتفاظ بالقيم الأخلاقية والروحية وهى الأساس الأول فى احترام الشرائع والقوانين .

ويجب أن لا ننسى حين نقارن القوانين الوضعية بالشريعة الإسلامية ، أن الشريعة الأخيرة شريعة دينية أساسها الإسلام ، فلا يمكن بطبيعة الحال أن تتجه اتجاها يخالف الإسلام ، وأن الدين الإسلامى يعتبر النظام الأساسى للدولة بكل ما يشتمل عليه من صوم وصلاة وزكاة وحج وتوحيد . وبكل ما يوجبه ويحرمه ، وهو نظام لا يقبل التجزئة بطبيعته ، فليس من المستطاع الأخذ ببعضه وترك بعضه ؛ لأن الأخذ ببعضه ، وترك بعضه هدم له . وقد فهم أصحاب الرسول صلى الله عليه وسلم هذا الوضع حق الفهم ، فحاربوا مانعى الزكاة بعد وفاة الرسول واعتبروهم مرتدين ؛ مع أن المسلمين كانوا فى أشد الحاجة إلى المسالمة فى هذا الوقت العصيب الذى انتقضت فيه شبه جزيرة العرب كلها على المسلمين .

فالشريعة إذن لا يمكن بأى حال أن تتخلى عن العقاب على الجرائم الدينية أو الأخلاقية ، لأنها تقوم على النظام الإسلامى ، ولأنها وجدت لحماية هذا النظام والمحافظة على مقوماته ، فلا بد أن تحرم كل ما يمسه وتعاقب عليه .

ولا يصح أن يعتبر هذا عيبا فى الشريعة الإسلامية ، لأنه صفة أساسية لاصقة بكل نظام أقيم أو يقام على وجه الأرض ، فكل نظام له أسسه التى يقوم عليها ، ومقوماته التى لا يستمر بغيرها ، ولا يمكن أن يقوم أى نظام وضعى أو غير وضعى إذا أهملت أسسه ، وتجوهلت مقوماته . فالديموقراطية لها أسس معينة ومقومات خاصة ، والنازية لها أسس معينة ، ومقومات خاصة ، والشيوعية لها أسس معينة ، ومقومات خاصة ، وكل نظام من هذه الأنظمة تختلف أسسه ومقوماته اختلافا ظاهرا عن أسس النظام الآخر ومقوماته ، ولا يمكن أن يعيش أى نظام من هذه الأنظمة إذا أهملت بعض أسسه ، أو تجوهلت بعض مقوماته ؛ لأنه بهذه الأسس والمقومات وجد وعاش ، وتميز عن غيره من الأنظمة ، ونحن نعلم أن كل نظام من هذه الأنظمة الثلاثة يضع عقوبات قاسية على كل ما يمس أسس النظام ، أو يهدم مقوماته ، فلا عيب إذن على الشريعة إذا عاقبت على كل ما يمس النظام الذى قامت عليه ؛ لأن ما تفعله الشريعة هو طبيعة لازمة لكل نظام يراد له البقاء والنماء والاستقرار ، وإذا كانت الشريعة تعاقب على ما لا تعاقب عليه القوانين الوضعية فليس ذلك بشىء ؛ لأنه يرجع إلى تغاير النظم واختلاف طبائعها ، وما دامت اتجاهات النظم مختلفة ، وطبائعها مختلفة ، فلا يمكن أن تتفق فيما تحل وفيما تحرم ، والأمثلة على ذلك بارزة فى الأنظمة الوضعية ، فالشيوعية مثلا تعاقب على الدعوة للنازية والديموقراطية ، والنازية تعاقب على الدعوة للديموقراطية والشيوعية ، والديموقراطية تحارب الشيوعية والنازية وتعاقب عليهما ، والملكية الفردية مباحة إلى غير حد فى البلاد الديموقراطية ، ولكنها جريمة فى البلاد الشيوعية ، فاختلاف الأفعال المحرمة فى النظم لا يمكن أن يكون عيبا بذاته ؛ لأن قيمة النظام لا تقاس بما يحل وما يحرم ، ولا بعمومه وخصوصه

و إنما يقاس بما يؤدى إليه من إسعاد الجماعة ، ورقيها وتفوقها ، ونشر العدل والمساواة والتراحم بين أفرادها .

ولست أترك هذا الموضوع قبل أن أبين حقيقة مقررة فى الشريعة الإسلامية لا يأتيها الباطل من بين يديها ولا من خلفها ، وهى أن الشريعة نصت على أفعال معينة واعتبرتها جرائم ، وأوجبت العقوبات عليها ، ولم تجعل لولى الأمر حق العفو عن العقوبة أو الجريمة فى بعض هذه الجرائم ، وهى الحدود والقصاص ، وجعلت له حق العفو عن الجريمة أو العقوبة فى بعضها الآخر ، وهى جرائم التعازير ، كذلك ترك لولى الأمر أن يحرم كل الأفعال التى تقتضى مصلحة الجماعة والنظام العام تحريمها ، وأهم هذه الأفعال هى الأفعال التى تخالف روح الشريعة أو مبادئها العامة ، فإن رأى ولى الأمر أن المصلحة تقتضى تحريم فعل معين حرمه وعاقب عليه بعقوبة تعزيرية ، وحق ولى الأمر فى التحريم والعفو عن العقوبة أو الجريمة مقيد بالصالح العام والنظام العام ، أى : النظام الإسلامى . وعلى هذا يمكن القول بأن كل الجرائم ذات الأساس الدينى البحت لا خيار فى العقاب عليها ، لأن الجريمة إن كانت حدا فلا محيص من العقاب عليها، و إن كانت الجريمة تعزيراً فإن العفو عن العقوبة أو الجريمة مقيد بمصلحة النظام الإسلامى ، ولا شك أن العفو فى كل الأحوال يتنافى مع هذا النظام . كذلك فإن ولى الأمر ملزم بتحريم كل ما يتنافى مع روح الإسلام ومبادئه العامة وفرض عقوبة عليه ، فسلطان ولى الأمر فى التحريم وعدم التحريم والعفو وعدم العفو مقرر لمصلحة النظام الإسلامى ، وليس لمصلحة ولى الأمر ولا لأية مصلحة أخرى . والعقوبة المقررة للجرائم الدينية إنما قررت لمصلحة النظام الإسلامى دون غيره ، وما كان مقرراً لمصلحة نظام ما، فلا يصح أن يجادل فيه من يريد إقامة هذا النظام ، ولا يصح أن يتهاون فى شأنه القائمون على أمر هذا النظام ، ولا ضير فى أن

تخالف الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية فى العقاب على الجرائم الدينية ، فإن الخلاف راجع إلى اختلاف طبيعة النظم ، ولن يثنى هذا الخلاف المسلمين عن تفضيل النظام الإسلامى على غيره من الأنظمة ، كما لم يثن الشيوعيين عن تحبيذ الشيوعية وتفضيلها على غيرها من الأنظمة ، مع أنها تخالف كل نظام وضعى أو سماوى وجد على وجه الأرض حتى اليوم ، كما أنها لا تتفق مع طبائع الأشياء .

ولقد قلنا : إن الشريعة الإسلامية تقسم الجرائم إلى جرائم عامة تقع من كل الرعايا ، وجرائم خاصة تقع من المسلمين دون غيرهم ، وإن أساس هذه الجرائم الخاصة هو الدين ، وقلنا : إن هذا المسلك غير غريب على القوانين الوضعية فى اتجاهها الحديث وإن كانت لا تجعل أساس التفرقة الدين . وتفصيل ذلك أن القوانين الوضعية الحديثة لا تخلو من نصوص خاصة لا تنطبق إلا على بعض الأشخاص أو بعض الهيئات ، كالنصوص التى تنطبق على القضاة دون غيرهم ، أو على المحامين أو الأطباء ، وهذه النصوص تحرم على بعض الأشخاص أو بعض الهيئات أفعالا معينة ، وتعاقب عليها بعقوبات خاصة ، وتحريم بعض الأفعال على أشخاص أو فئات معينة يساوى ما فعلته الشريعة من عقاب المسلم على بعض الأفعال المحرمة عليه دون غيره ، ومعنى ذلك أن القوانين الوضعية الحديثة قد اضطرت لحماية المصلحة الفردية والعامة أن تأخذ بالنظرية التى جاءت بها الشريعة الإسلامية من أربعة عشر قرناً لحماية مصالح الجماعة ونظامها العام .

٢٤٥ - هل تفرق الشريعة فى العقوبة بين المسلم وغير المسلم ؟ :- القاعدة فى الشريعة أن من ارتكب جريمة عوقب بالعقوبة المقررة لها ، وإذا كانت الشريعة تحرم الفعل على فئة دون فئة للأسباب التى بيناها فيما سبق فإن الشريعة لا تخص فئة بعقوبة دون فئة .

والعقوبات فى الحدود مقدرة ، أى عقوبات ذات حد واحد لا تزيد ولا

تنقص ، وليس للقاضى أن يستبدل بها عقوبات أخرى ، والعقوبات فى جرائم القصاص مقدرة أيضاً ، ولكن يصح أن تستبدل بها عقوبات أخرى إذا عفا المجنى عليه أو وليه ، أو كان مانع شرعى من العقوبة ، وليس للقاضى حق الاستبدال ، وعليه أن يطبق العقوبة الأصلية إذا لم يكن مانع أو عفو ، فإن كان أحدهما طبق العقوبة البدلية ، أما عقوبات التعزير فهى ذات حدين غالباً ، وتقدير العقوبة متروك للقاضى ينزل بالعقوبة إلى حدها الأدنى ، أو يرتفع بها إلى الحد الأعلى بحسب ما يرى من ظروف الجريمة وظروف الجانى .

وظاهر مما سبق أن طبيعة العقوبات فى الشريعة لا تسمح بالتفريق فى العقوبة بين فرد وفرد ، ولا مسلم وغير مسلم ، وأن لكل جريمة عقوبتها فمن ارتكب جريمة استحق عقوبتها سواء كان مسلماً أو غير مسلم .

لكن هناك جرائم اختلف فيها الفقهاء على الشروط التى يجب توافرها فى الجانى أو المجنى عليه ؛ ليستحق الجانى العقوبة المقررة لهذه الجرائم ، وهذا الخلاف قد يدعو غير الملم بالشريعة أو بأحكام المذاهب المختلفة إلى الظن بأن الشريعة تفرق فى العقوبة بين المسلم وغير المسلم ، والجرائم المختلف عليها هى على وجه التحديد ثلاث : القتل العمد ، والزنا ، والقذف .

فأما القتل العمد فعقوبته فى الشريعة هى القصاص، ولكن مالكا والشافعى وأحمد لا يجيزون القصاص من المسلم إذا قتل الذمى ، وحجتهم ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ألا لا يقتل مسلم بكافر » أما أبو حنيفة فيرى القصاص من المسلم إذا قتل الذمى ؛ لأنه يفسر لفظ الكافر بأنه من لا عهد له فلا ينطبق على الذمى لأنه ذو عهد ، و يتمسك بعموم النص الذى جعل القصاص عقوبة لكل قتل . فالخلاف بين الفقهاء هنا هو خلاف فى تفسير نص ، ولا شك أن التفسير الذى يسوى بين المسلم والذمى هو التفسير الذى يستقيم مع عموم النص ومع التسوية بين الاثنين فى الجرائم عامة .

وفى الزنا لاخلاف على عقاب الزانى غير المحصن ، فالمسلم غير المحصن والذمى غير المحصن عقوبتهما واحدة وهى الجلد ، ولكن الفقهاء اختلفوا فى الزانى المحصن ، فرأى أبو حنيفة أن الذمى لا يمكن أن يعاقب بالرجم وهو العقوبة المقررة للزانى المحصن ، وحجته أن من شروط الإحصان الإسلام فلا يمكن اعتبار الذمى محصنا ؛ ولذلك فعقوبته فى كل الأحوال الجلد . أما المسلم المحصن فعقوبته الرجم . ورأى مالك والشافعى وأحمد أن الإسلام ليس شرطا فى الإحصان ، ومن ثم فالذمى المحصن يعاقب عندهم بالرجم كالمسلم . فالخلاف بين الفريقين أساسه تفسير لفظ الإحصان .

والقذف من أركانه الإحصان لقوله تعالى : ﴿ والذين يرمون المحصنات ﴾ ، فإذا فسر لفظ الإحصان على أن من شروطه الإسلام ترتب على هذا التفسير أن يعاقب قاذف المسلم بعقوبة الحد وهى الجلد ثمانين جلدة ، ويعاقب قاذف الذمى بالتعزير ، والتعزير قد يكون جلدا أو حبسا أو غير ذلك وقد يكون أخف من عقوبة الحد وقد يكون أنكى منها .

وظاهر من مقارنة النتائج فى هذه الجرائم الثلاث أن الأمر لا يسير على نهج واحد ، ولا ينتهى بنتائج واحدة ، فإذا كانت النتيجة فى القتل تخفيف عقوبة المسلم ، فقد كانت فى الزنا تخفيف عقوبة الذمى ، وتشديد عقوبة المسلم . أما فى القذف فقد تكون النتيجة فى صالح الذمى وقد تكون ضده . وهذه النتائج التى تنتهى إليها آراء الفقهاء تكفى بذاتها لدفع ما يمكن أن يظن من أن الشريعة تميز المسلم على غير المسلم فى العقوبة ، كما أن هذه النتائج تؤيد ما قلناه : من أن المسألة ترجع إلى تفسير النصوص والاختلاف على فهمها ، ولا ترجع إلى أن الشريعة تميز فريقا على فريق .

٢٤٦ — مبدأ الشريعة فى سريان النصوص الجنائية على الأشخاص :ـ
ويتضح مما سبق أن نصوص الشريعة تسرى على كل الأشخاص ، ولا يعفى منها أى شخص مهما كان مركزه أو ماله أو جاهه أو صفاته ، وأن الشريعة تطبق مبدأ المساواة إلى آخر حدوده ولا تسمح بتمييز شخص على شخص ، أو هيئة على هيئة ، أو فريق على فريق

هذه هى نظرية المساواة فى الشريعة الإسلامية ، وهـذا هو تطبيقها فى سريان النصوص الجنائية ، ولا شك أن الشريعة أجل من أن تقارن بالقوانين الوضعية فى هذا الوجه ، فالقوانين على ما استحدث لها من نظريات لا تزال أدنى مستوى من الشريعة ، ويستطيع كل منصف بعد هذه المقارنة التى عقدناها أن يقول : إن نظرية المساواة بلغت فى الشريعة درجة الكمال المطلق ، ولكنها فى القانون لا تزال كالطفل الذى يحسن أن يحبو ولا يستطيع أن يقف على قدميه .

الباب الثانى

الركن المـادى للجريمة

٢٤٧ — *منهاج البحث* : — يتوفر الركن المـادى للجريمة بإتيان الفعل المحظور سواء كانت الجريمة إيجابية أو سلبية ، وقد يتم الجانى الفعل فتعتبر الجريمة تامة كمن سرق متاعا من آخر وخرج به من الحرز ، وقد لا يتم الجانى الفعل فتعتبر الجريمة غير تامة ، كمن يضبط قبل الخروج بالمسروقات من الحرز أو بعد دخوله مباشرة ، وهذا ما نسميه اليوم فى اصطلاحنا القانونى بالشروع فى الجريمة .

وقد يرتـكب الفعل المحرم شخص واحد ، وقد يتعاون على ارتـكابه جماعة يتفقون على الجريمة فينفذها أحدهم أو بعضهم ، أو يحرض بعضهم بعضا عليها ، أو يساعد بعضهم البعض الآخر و يعينه حال ارتكابها ، وهذا ما يسمى بالاشتراك فى الجريمة .

فالـكلام على الركن المادى يتناول الـكلام على الجريمة التامة ، والشروع ، والاشتراك ، ومحـل الـكلام على الجريمة التامة هو القسم الجنائى الخاص حيث تبحث كل جريمة وتبين أركانها وشرائطها وعقوباتها ، وهذا ما يوجبه منطق الفصل بين القسم العام والقسم الخاص . أما الشروع والاشتراك فسنتكلم عليهما فيما يأتى ، وسنخصص لـكل منهما فصلا خاصا .

الفصل الأول

الشروع فى الجريمة

٢٤٨ - الفقهاء والشروع فى الجريمة : - لم يهتم فقهـاء الشريعة بوضع نظرية خاصة للشروع فى الجرائم ولم يعرفوا لفظ الشروع بمعناه الفنى كما نعرفه اليوم ، ولـكنهم اهتموا بالتفرقة بين الجرائم التامة والجرائم غير التامة ، ويمـكننا أن نرد عدم اهتمامهم بوضع نظرية خاصة بالشروع لسببين .

أولهما : أن الشروع فى الجرائم لا يعاقب عليه بقصاص[١] ولا حد وإنما يعاقب عليه بالتعزير أياً كان نوع الجريمة . وقد جرى الفقهاء على أن يهتموا فقط بجرائم الحدود والقصاص ؛ لأنها جرائم ثابتة لا يدخل على أركانها وشروطها التغيير أو التعديل ، كما أن عقوبتها مقدرة ليس للقاضى أن يغلظها أو يخففها ، أما جرائم التعزير فإذا استثنينا العدد القليل الذى نصت عليه الشريعة كتحريم الميتة وخيانة الأمانة ، فإن معظم الجرائم التعزيرية متروك أمرها للسلطة التشريعية أى لأولى الأمر ، يحرمون من الأفعال مايرونه ماسا بالمصلحة العامة أو النظام العام ، ويعاقبون عليه ، ويتركون ما لا يرون ضرورة للعقاب عليه ، كما أن تقدير العقاب فى جرائم التعزير عامة متروك لأولى الأمر سواء كان التحريم بنص الشريعة أو كان التحريم راجعاً لأولى الأمر . فيستطيع ولى الأمر أن يخفف عقوبات جرائم التعازير وأن يشددها طبقا لما تقتضيه المصلحة العامة ، وللقاضى بعد ذلك سلطة واسعة فى توقيع العقوبة ، فله أن ينزل بها إلى الحد الأدنى ، وأن يرتفع بها إلى الحد الأعلى ، ويترتب على ذلك أن جرائم التعازير ليست ذات أهمية بالنسبة لجرائم الحدود والقصاص ، وأن جرائم

---

(١) يعاقب على الشروع فى القتل إذا أدى لجرح أو قطع بالقصاص كلما كان ذلك ممكنا ، ولـكن العقاب فى هذه الحالة ليس على الشروع فى القتل الذى لم يتم ، وإنما على الجرح أو القطع باعتبار أن ما حدث هو جريمة تامة وسيأتى تفصيل ذلك .

التعازير جرائم عقوباتها غير ثابتة قد يعاقب عليها بعقوبات تافهة وقد يعاقب عليها بعقوبات جسيمة ، وأن أغلب جرائم التعازير قد يعاقب عليها فى زمان دون زمان ومكان دون مكان ، وقد تتغير أركانها بتغير وجهة نظر أولى الأمر ؛ ولهذا كله لم يتكلم الفقهاء عن جرائم التعازير إلا كلاما عاما ، ولم يدخلوا فى تفاصيل أركان الجريمة وشروطها ، وعلى هذا الأساس لم يتكلموا عن الشروع بصفة خاصة ؛ لأنه من جرائم التعازير .

ثانيهما : ــ أن قواعد الشريعة الموضوعة للعقاب على التعازير منعت من وضع قواعد خاصة للشروع فى الجرائم ، لأن قواعد التعازير كافية لحكم جرائم الشروع . فالقاعدة فى الشريعة أن التعزير يكون فى كل معصية ليس فيها حد مقدر ولا كفارة ، أى أن كل فعل تعتبره الشريعة معصية هو جريمة يعاقب عليها بالتعزير ما لم يكن معاقبا عليها بحد أو كفارة ، ولما كان الحد والكفارة لا يعاقب بهما إلا على جرائم معينة أتمها الجانى فعلا ، فإن كل شروع فى فعل محرم لا يعاقب عليه إلا بالتعزير ، ويعتبر كل شروع معاقب عليه معصية فى حد ذاته أى جريمة تامة ، ولو أنه جزء من الأعمال المكونة لجريمة لم تتم ، مادام الجزء الذى تم محرما لذاته ، ولا استحالة فى أن يكون فعل ما جريمة معينة إذا كان وحده ، وأن يكون مع غيره جريمة من نوع آخر . فالسارق إذا ما نقب البيت ثم ضبط قبل أن يدخله يكون مرتكبا لمعصية تستوجب العقاب ، وهذه المعصية تعتبر فى ذاتها جريمة تامة، ولو أنها بدء فى تنفيذ جريمة السرقة ، وعندما يتسلق السارق المنزل الذى يريد أن يسرق منه يرتكب معصية ، وعندما يدخل البيت دون نقب أو تسلق بقصد السرقة يرتكب معصية ، وإذا أذن له بدخول البيت فجمع متاعه ليسرقه فضبط قبل الخروج به فهو مرتكب لمعصية ، وهكذا كلما أتى السارق فعلا تحرمه عليه الشريعة فهو مرتكب لمعصية ، أى : جريمة تامة تستوجب العقاب، إذا نظرنا إليها على حدة ، ولو أن هذه المعصية تعتبر جزءا من جريمة أخرى إذا نظرنا إلى جريمة

السرقة التى لم تتم ، فإذا أتم الجانى سلسلة الأفعال المكونة لجريمة السرقة ، وخرج بالمسروقات من الحرز ، فإن كل الأفعال التى أتاها تكون مجتمعة جريمة معينة هى السرقة ، و بتمام جريمة السرقة تجب عقوبة الحد وهى العقوبة المقررة للسرقة التامة ، و يمتنع التعزير على مادون التمام ؛ لأن كل الأفعال اندمجت وتكونت منها جريمة السرقة .

والزانى إذا دخل بيت المرأة المزنى بها يرتكب معصية ، و إذا جلس معها فى خلوة يرتكب معصية ، و إذا قبلها يرتكب معصية ، وكل هذه الأفعال تعتبر شروعا فى جريمة الزنا التى لم تتم ، ولكن كل فعل منها يعتبر بذاته معصية تامة تستوجب التعزير ، فإذا ما تمت جريمة الزنا وجب الحد وامتنع التعزير ، لأن كل هذه المقدمات تكون مع الإيلاج جريمة واحدة تامة هى جريمة الزنا .

وهكذا يتبين لنا مما سبق أنه لم يكن ثمة مايدعو الفقهاء لوضع نظرية خاصة بالشروع فى الجرائم ، و إنما دعتهم الضرورة فقط إلى التفرقة بين الجريمة التامة والجريمة غير التامة فى جرائم الحدود والقصاص ، لأن الجريمة التامة دون غيرها هى التى تستوجب عقوبة الحد أو القصاص ، أما الجرائم غير التامة فلا تستوجب هاتين العقوبتين وفيها التعزير فقط

ومن الخطأ البين أن يظن البعض أن الشريعة لاتعرف الشروع فى الجرائم ، إذ الظاهر مما تقدم أنها عرفت الشروع حق المعرفة ، وكل مافى الأمر أنها عالجته بطريقتها الخاصة لا على طريقة القوانين الوضعية . ولم يعبر الفقهاء عن الجرائم غير التامة بتعبير الشروع فى الجرائم ، لأن الأفعال التى لم تتم تدخل فى جرائم التعازير كلما تكون منها معصية ، وتعتبر جرائم تامة بذاتها ولو أنها لم تكف لتكوين الجرائم المقصودة أصلا ، فليس هناك مايدعو لتسميتها بالجرائم المشروع فيها مادام أن ماتم منها يعتبر فى ذاته جريمة تامة ، و إذا عبرنا اليوم عن الجرائم غير التامة وقلنا : إنها جرائم الشروع فلن نأتى بشىء جديد . و إنما هو إطلاق تسمية جديدة

على بعض جرائم التعازير ، وتمييز لبعض جرائم التعازير عن بعضها الآخر،دون أن تكون هناك حاجة ملحة لهذه التسمية أو هذا التميز ، ودون أن يدفعنا إلى هذا التعبير إلا البيان والإقناع ، ومقارنة نظرية الشريعة بما يقابلها فى القوانين الوضعية.

ونظرية الشريعة فى الشروع أوسع مدى منها فى القوانين الوضعية ، فهى تعاقب على الشروع فى كل جريمة إذا كون الفعل غير التام معصية ، وهى تسير على هذه القاعدة دون استثناء ، فمن رفع على إنسان عصا ليضربه بها فحيل بينه وبين ذلك فهو مرتكب لمعصية يعزر عليها ، ومن حاول إطلاق النار على آخر فلم يصبه فهو مرتكب لمعصية عقوبتها التعزير . أما القوانين الوضعية فتعاقب غالبا على الشروع فى أكثر الجنايات، وعلى الشروع فى بعض الجنح ، دون البعض الآخر ، وليس لها قاعدة عامة فى هذا .

ومن تطبيقات نظرية الشريعة حالة إحداث جرح بقصد القتل . فإن الجرح إذا أدى للموت اعتبر الفعل قتلا عمدا ، وإذا شفى المجنى عليه اعتبر جرحا فقط وعوقب عليه الجانى بعقوبة خاصة ، أما إذا أراد الجانى أن يقتل المجنى عليه فلم يصبه فالفعل معصية وفيه التعزير .

٢٤٩ - المراحل التى تمر بها الجريمة وأيها يعتبر معصية : - تمر الجريمة بمراحل معينة قبل أن يرتكبها المجرم ، فهو أولا يفكر فيها ، ثم يعقد العزم على ارتكابها، ثم يحضر بعد ذلك المعدات ويهيىء الوسائل اللازمة لتنفيذها كشراء سلاح يقتل به ، أو منقب ينقب به حائط المنزل الذى يريد السرقة منه . أو إعداد مفتاح مصطنع ليفتح به باب محل الجريمة . فإذا أعد المجرم معدات الجريمة انتقل إلى مرحلة ثالثة هى مرحلة التنفيذ . فيبدأ فى تنفيذ جريمته على الوجه الذى فكر فيه وأعدّ له الوسائل .

هذه هى المراحل الثلاث التى يمر بها المجرم حتى يرتكب جريمته. فأى هذه

المراحل يعتبر معصية و بالتالى جريمة تستحق العقاب ؟ والجواب هو ماسنبينه فيما يلى:

أولا ـ مرحلة التفكير والتصميم : ـ لا يعتبر التفكير فى الجريمة والتصميم على ارتكابها معصية تستحق التعزير و بالتالى جريمة يعاقب عليها ؛ لأن القاعدة فى الشريعة الإسلامية أن الإنسان لا يؤاخذ على ما توسوس له نفسه أو تحدثه به من قول أو عمل ، ولا على ما ينتوى أن يقوله أو يعمله ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « إن الله تجاوز لأمتى عما وسوست أو حدثت به أنفسها مالم تعمل به أو تكلم » و إنما يؤاخذ الإنسان على ما يقوله من قول وما يفعله من فعل .

وهذا المبدأ الأساسى الذى قامت عليه الشريعة من يوم وجودها هو مبدأ حديث فى القوانين الوضعية ، أخذت به جميعاً فى عصرنا الحاضر ، ولكنها لم تعرفه ولم تأخذ به إلا ابتداء من أواخر القرن الثامن عشر بعد الثورة الفرنسية ، وقبل ذلك كان من الممكن أن يعاقب على النية أو التفكير إذا أمكن إثباتهما ، فالشريعة فى تقريرها هذا المبدأ ، قد سبقت كل شريعة وضعية ، والشرائع الوضعية حين أخذت متأخرة بهذا المبدأ إنما أخذت بأقدم المبادىء الأساسية فى الشريعة الإسلامية ، و يبقى بعد ذلك أن الشريعة الإسلامية ليس فيها استثناءات لهذا المبدأ ، أماالقوانين الوضعية فلايزال بها استثناءات للمبدأ ، ومن الأمثلة على ذلك : أن القانون المصرى والفرنسى يفرقان بين عقوبة القتل العمد المصحوب بسبق الإصرار أو الترصد ، و بين عقوبة القتل العمد الخالى عن سبق الإصرار أوالترصد و يشددان العقوبة فى الحالة الأولى ويخففانها فى الثانية

ثانياً ـ مرحلة التحضير : ـ لاتعتبر مرحلة التحضير أيضا معصية ، ولا تعاقب الشريعة على إعداد الوسائل لارتكاب جريمة إلا إذا كانت حيازة الوسيلة أو إعدادها مما يعتبر معصية فى ذاته ، كمسلم أراد سرقة إنسان بواسطة إسكاره فإن شراء المسكر أو حيازته يعتبر بذاته معصية يعاقب عليها دون حاجة لتنفيذ الغرض الأصلى وهو السرقة .

والعلة فى عدم اعتبار دور التحضير جريمة ، أن الأفعال التى تصدر من الجانى يجب للعقاب عليها أن تكون معصية ، ولا يكون الفعل معصية إلا إذا كان اعتداء على حق لله أى : حق للجماعة أو على حق للأفراد ، وليس فى إعداد وسائل الجريمة فى الغالب ما يعتبر اعتداءا ظاهراً على حق الجماعة أو حقوق الأفراد ، و إذا أمكن اعتبار بعض هذه الأفعال اعتداء فإنه اعتداء قابل للتأويل أى مشكوك فيه . والشريعة لا تأخذ الناس فى الجرائم إلا باليقين الذى لا شك فيه

ثالثاً ــ مرحلة التنفيذ : ــ هذه هى المرحلة الوحيدة التى تعتبر فيها أفعال الجانى جريمة ، و يعتبر الفعل جريمة كلما كان معصية ، أى اعتداء على حق الجماعة أو حق الفرد ، وليس من الضرورى أن يكون الفعل بدءا فى تنفيذ ركن الجريمة المادى ، بل يكفى أن يكون الفعل معصية ، وأن يكون مقصوداً به تنفيذ الركن المادى ، ولو كان لا يزال بين الفعل و بين الركن المادى أكثر من خطوة ، فمثلا فى السرقة يعتبر النقب والتسلق وكسر الباب وفتحه بمفتاح مصطنع كل ذلك يعتبر معصية تستحق التعزير ، و بالتالى شروعا فى سرقة ، ولو أن بين كل منها و بين الفعل المادى المكون لجريمة السرقة خطوات . هى دخول محل السرقة ، والاستيلاء على المسروقات ، وإخراجها من الحرز . كذلك يعزر الجانى باعتباره مرتكباً لمعصية أو شارعا فى سرقة ، إذا تعرض للنقب أو فتح الباب أو حاول التسلق ولو لم يتم ما تعرض له أو حاول فعله .

و يعتبر الجانى مرتكباً لمعصية يعزر عليها وبالتالى يعتبر شارعا فى الزنا ، إذا دخل منزل المرأة التى يقصد الزنا بها ، أو اجتمع بها فى غرفة واحدة ، أو قبلها أو ضمها ، أو فعل غير ذلك من مقدمات الزنا ، وهو يعاقب على هذه الأفعال ولو أن بينه و بين الفعل المادى المكون لجريمة الزنا أكثر من خطوة .

ويرى أبو عبد الله الزبيرى تعزير الجانى باعتباره مرتكباً لمعصية أو شارعا فى السرقة ، إذا وجد بجوار المنزل المراد سرقته ومعه مبرد ليستعمله فى فتح الباب

أو منقب لينقب به الحائط ، ولو أنه لم يبدأ فى فتح الباب أو نقب الحائط ، إذا ثبت أنه جاء بقصد السرقة ، ويرى تعزير الجانى كذلك إذا وجد مترصدا بجوار محل السرقة يترصد غفوة الحارس ليسرق المتاع الذى يحرسه[1]

فمقياس الفعل المعاقب عليه فى الشروع هو أن يكون ما أتاه المتهم مكوناً لمعصية كالنقب ، ويستعان على معرفة ما إذا كان الفعل معصية أو غير معصية بنية الجانى وقصده من الفعل ؛ لأن ثبوت هذه النية يزيل كل شك ويساعد على تحديد نوع المعصية . وقد جعل أبوعبد الله الزبيرى فى الأمثلة التى ذكرناها سابقا شأناً كبيراً لنية الجانى ، فالترصد بجوار محل السرقة قد يكون للسرقة أو لعمل آخر مباح ، ولكن نية الجانى وحدها هى التى أزالت الشك عن الفعل وعينت المعصية ، ووجود الجانى بجوار محل السرقة ومعه مبرد أو منقب يحتمل أن يكون الجانى قاصداً سرقة هذا المحل أو غيره ، ويحتمل أن يكون أراد السرقة أو أراد عملا آخر غير محرم ، ولكن نية الجانى هى التى أخرجت الفعل من حيز الاحتمال إلى حيز اليقين وعينت المعصية .

٢٥٠ – الشريعة والقانون : – وتتفق الشريعة مع القوانين الوضعية فى عدم العقاب على مرحلتى التفكير والتحضير ، وفى قصر العقاب على مرحلة التنفيذ ، ولكن شراح القوانين يختلفون على الوقت الذى يعتبر فيه الجانى قد بدأ بالتنفيذ ، فأصحاب المذهب المادى يرون أن بدء التنفيذ المكون للشروع هو البدء فى تنفيذ الفعل المادى المكون للجريمة ، فإذا كانت الجريمة تتكون من فعل واحد كان الشروع هو البدء فى تنفيذ هذا الفعل ، وإذا كانت تتكون من جملة أفعال كان البدء فى أحدها شروعا فى الجريمة ، ولا يعد بدءاً فى التنفيذ أى عمل آخر لا يدخل فى الأفعال المكونة للجريمة . ويرى أصحاب المذهب الشخصى أنه يكفى لتحقيق الشروع أن يبدأ الفاعل تنفيذ فعل ما ، سابق مباشرة

(١) الأحكام السلطانية ص ٢٠٦ ، ٢٠٧

على تنفيذ الركن المادى للجريمة ومؤد إليه حتما ، ويستعين أصحاب هذا المذهب بنية الجانى وشخصيته لمعرفة الغرض الذى قصده من فعله .

والمذهب الشخصى لا يختلف فى شىء عن نظرية الشريعة الإسلامية ، فكل ما يمكن العقاب عليه بحسب هذا المذهب تعاقب عليه الشريعة ، ولكن نظريه الشريعة مع هذا تتسع لأكثر مايتسع له المذهب الشخصى ؛ لأن الشريعة تعاقب على كل ما يأتيه الجانى إذا تكون مما فعله معصية ، سواء كان ما فعله الجانى مؤد حتما إلى الركن المادى للجريمة المقصودة أو لايؤدى إليه . كدخول منزل بقصد الزنا بامرأة فيه . أما المذهب الشخصى فيستوجب أن يكون الفعل مؤد حتما للركن المادى كالنقب وفتح محل السرقة بمفتاح مصطنع . ويأخذ القانون المصرى بالمذهب الشخصى ، وقد انتهت أحكام محكمة النقض المصرية إلى الأخذ بهذا المذهب .

٢٥١ ـ العقاب على الشروع : ـ قاعدة الشريعة الإسلامية فى جرائم الحدود والقصاص أن لايتساوى عقاب الجريمة التامة بالجريمة التى لم تتم ، وأصل هذه القاعدة حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: «من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين »[1] . وهذه القاعدة لا يمكن الخروج عليها فى جرائم الحدود وجرائم القصاص ، فلا يمكن العقاب على الشروع فى الزنا بعقوبة الزنا التام وهى الجلد والرجم ، ولا يمكن العقاب على الشروع فى السرقة بعقوبة القطع ؛ لأن القطع جعل جزاء الجريمة التامة ولا شك أن البون شاسع بين الشروع والفعل التام ، فيجب أن يؤخذ المتهم بقدر ما فعل ، ويجزى بقدر ما اكتسب ، فضلا عن أن التسوية فى العقاب بين الشروع والجريمة التامة تحمل من شرع فى جريمة

---

(١) تعتبر جرائم القصاص وجرائم الحدود حدوداً . والحد فى الأصل هو ما كانت عقوبته مقدرة .

على إتمامها ؛ لأنه يرى نفسه قد استحق عقوبة الجريمة التامة بالبدء فى تنفيذ الجريمة ، فليس ثمة ما يغريه بالعدول عنها[١] .

ونستطيع أن نقيس الشروع فى جرائم التعازير بالشروع فى جرائم الحدود والقصاص ، فنقول : إن القواعد العامة التى تسرى على جرائم الحدود والقصاص تسرى على جرائم التعازير ، ولو وردت هذه القواعد خاصة بجرائم الحدود والقصاص فقط ؛ لأن هذين النوعين من الجرائم هما أهم الجرائم وما يسرى على الجرائم الهامة يسرى على غيرها .

ونستطيع أن نخصص الحديث بالعقوبات المقدرة فقط ، وهى عقوبات جرائم الحدود وجرائم القصاص ، ونص الحديث يحتمل هذا التخصيص فهو « من بلغ حدا فى غير حد» والحد الأول هو العقوبة ، والحد الثانى هو الجريمة ، فالنص قاطع بلفظه بأنه ورد فى جرائم الحدود والقصاص دون غيرها ، ومن ثم يجوز تسوية عقوبة الشروع بعقوبة الجريمة التامة فى غير الحدود خصوصاً وأن التعازير غير مقدرة ، وللقاضى حرية واسعة فى تقدير العقوبة من بين حديها الأدنى والأعلى .

والقوانين الوضعية لا تخرج عن هذين الاتجاهين ، فبعضها يسوى بين عقوبة الشروع وعقوبة الجريمة التامة ، وبعضها يعاقب على الشروع بعقوبة أخف من عقوبة الجريمة التامة .

٢٥٢ - أثر عدول الجانى عن الفعل : إذا شرع الجانى فى ارتكاب الجريمة فإما أن يتمها وإما أن لا يتمها ، فإذا أتمها فقد استحق عقوبتها ، وإذا لم يتمها فإما أن يكون أكره على عدم إتمامها كمن يضبط وهو يجمع المسروقات من محل السرقة ، وإما أن يكون هو الذى عدل مختاراً عن إتمامها ، وفى حالة العدول

---

(١) راجع الفقرة ٤٨١ .

إما أن يكون العدول لسبب ما غير التوبة ، كأن يكتفى الجانى بما فعل ، أو يرى أنه ينقصه بعض الأدوات ، أو يرى أن يعاود الكرة فى وقت آخر مناسب ، أو يخشى أن يراه أحد ، وإما أن يكون سبب العدول هو توبة الجانى وشعوره بالندم ورجوعه إلى الله .

فإذا كان سبب عدم إتمام الجريمة هو إكراه الجانى على ذلك كأن يضبطه المجنى عليه أو يصاب بحادث يمنعه من إتمام الجريمة ، فإن ذلك لا يؤثر على مسئولية الجانى فى شىء ، ما دام أن الفعل الذى أتاه يعتبر معصية .

وإذا عدل الجانى عن إتمام الجريمة لأى سبب غير التوبة ، فهو مسئول عن الفعل كلما اعتبر الفعل معصية ، أى اعتداء على حق الجماعة أو حق الفرد ، فمثلا إذا قصد سرقة منزل فنقبه أو كسر بابه ، ثم عدل عن دخوله ؛ لأنه رأى الحارس يمر فى هذه المنطقة فخشى أن يكتشف الحادث ، أو دخل المنزل ثم خرج دون أن يسرق شيئاً ؛ لأنه عجز عن فتح خزانة النقود ، أو ليأتى بزميل له يعاونه فى فتح الخزانة أو يعاونه فى حمل المسروقات ، فهو فى كل هذه الحالات يعاقب بالرغم من عدوله ؛ لأنه عدل لسبب غير التوبة ؛ ولأن ما وقع منه فعلا يعتبر معصية ، فالنقب معصية ، ودخول منزل الغير دون إذنه معصية ، وكسر باب منزل الغير معصية ، أما إذا وصل إلى باب المنزل بقصد السرقة ثم عدل لأى سبب وعاد ، فإنه لا يعاقب ؛ لأن ما فعله لا يعتبر اعتداء على حق الجماعة أو حق الفرد ومن ثم لا يعتبر معصية ، وإذا لم يعتبر الفعل معصية فلا عقاب .

٢٥٣ - العدول للتوبة : أما إذا كان سبب عدول الجانى عن الفعل هو توبته ورجوعه إلى الله ، فإن الجانى لا يعاقب على ما فعل ، إذا كانت الجريمة هى جريمة الحرابة ، وذلك لقوله تعالى : ﴿ إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم ، فاعلموا أن الله غفور رحيم ﴾ [المائدة : ٣٤] . فالمحارب إذا تاب قبل القدرة

عليه سقطت عقوبته بالرغم من أنه أتى الجريمة التامة ، وإذا كان هذا هو حكم من أتم الجريمة فأولى به أن يكون حكم من لم يتمها .

وإذا كان الفقهاء قد اتفقوا على أن التوبة تسقط العقوبة المقررة لجريمة الحرابة[1] إذا حدثت التوبة قبل القدرة على المحارب ، فإنهم اختلفوا فى أثر التوبة على ما عدا هذه الجريمة ولهم فى ذلك ثلاث نظريات :

الأولى : ويقول بها بعض الفقهاء فى مذهب الشافعى ومذهب أحمد ، ومجمل رأيهم أن التوبة تسقط العقوبة ، وحجتهم فى ذلك أن القرآن نص على سقوط عقوبة المحارب بالتوبة ، وجريمة الحرابة هى أشد الجرائم ، فإذا دفعت التوبة عن المحارب عقوبته كان من الأولى أن تدفع التوبة عقوبة ما دون الحرابة من الجرائم وأن القرآن لما جاء بعقوبة الزنا الأولى رتب على التوبة منع العقوبة ، وذلك قوله تعالى : ﴿ واللذان يأتيانها منكم فآذوهما ، فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما ﴾ [النساء : ١٦] . وذكر القرآن حد السارق وأتبعه بذكر التوبة فى قوله تعالى : ﴿ فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه ﴾ [المائدة : ٣٩] وأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : « التائب من الذنب كمن لا ذنب له » ومن لاذنب له لا حد عليه ، وقال الرسول فى ماعز لما أخبر بهربه : «هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه » .

ويشترط هؤلاء الفقهاء لتسقط التوبة العقوبة أن تكون الجريمة مما يتعلق بحق الله ، أى أن تكون من الجرائم الماسة بحقوق الجماعة كالزنا والشرب ، وأن لا تكون مما يمس حق الأفراد كالقتل أو الضرب ، ويشترط بعض هؤلاء الفقهاء شرطاً آخر ، وهو أن تكون التوبة مصحوبة بإصلاح العمل ، وهذا الشرط

---

(١) من المتفق عليه أن التوبة تسقط فقط ما يمس حقوقا للجماعة أما ما يمس حقوق الأفراد فلا يسقط بالتوبة فالمحارب إذا أخذ المال فقط ثم تاب سقطت عنه عقوبة القطع بالتوبة ولكنه يلزم برد المال ، وإذا أخذ المال وقتل ثم تاب سقطت عنه عقوبة القتل حدا ولكنه يلزم برد المال ولا تسقط عنه عقوبة القصاص إلا بعفو أولياء القتيل .

يقتضي مضى مدة يعلم بها صدق التوبة ، ولكن البعض الآخر يكتفى بالتوبة ولا يشترط إصلاح العمل (١) .

ويترتب على الأخذ بهذه النظرية أن تسقط العقوبة عمن يعدل عن إتمام جريمته تائباً كلما كانت الجريمة مما يمس حقوق الجماعة ، أما الجرائم التى تمس حقوق الأفراد فلا يؤدى العدول عن ارتكابها لسقوط العقوبة بحال ولو كان سبب العدول هو التوبة

النظرية الثانية : وهى نظرية مالك وأبو حنيفة وبعض الفقهاء فى مذهبى الشافعى وأحمد ، ومجمل رأيهم أن التوبة لا تسقط العقوبة إلا فى جريمة الحرابة للنص الصريح الذى ورد فيها؛ لأن الأصل أن التوبة لا تسقط العقوبة ، فالله أمر بجلد الزانى والزانية فقال : ﴿ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ [النور : ٢] فجعل الجلد عاماً للتائبين وغير التائبين ، وقال تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ [المائدة : ٣٨] فجعل القطع للتائب وغير التائب . وقد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجم ماعز والغامدية وقطع الذى أقر بالسرقة وكلهم جاءوا تائبين معترفين على أنفسهم يطلبون أن يتطهروا من ذنوبهم بإقامة الحد عليهم ، وقد سمى الرسول فعلهم توبة فقال فى حق المرأة . « لقد تابت توبة لو قسمت على سبعين من أهل المدينة لوسعتهم » .

ويرى هؤلاء الفقهاء أن العقوبة لا تسقط بالتوبة ، لأنها كفارة عن المعصية ولا يرون شبهاً بين المحارب وبين غيره من المجرمين حتى يقاس أحدهما على الآخر فالمحارب شخص لا يقدر عليه فجعلت التوبة مسقطة لعقوبته إذا تاب قبل القدرة عليه بتشجيعه على التوبة والامتناع عن الإفساد فى الأرض ، أما المجرم العادى فهو شخص مقدور عليه دائماً فليس ثمة ما يدعو لإسقاط العقوبة عنه بالتوبة ، بل إن العقوبة هى التى تزجره عن الجريمة ، وفضلا عن ذلك فإن القول بأن

(١) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٦ – المغنى ج ١٠ ص ٣١٦ ، ٣١٧

التوبة تسقط العقوبة يؤدى إلى تعطيل العقوبات ؛ لأن كل مجرم لا يعجز عن ادعاء التوبة[١].

ويترتب على هذه النظرية أن عدول الجانى عن إتمام جريمته تائبا راجعا إلى الله لا يمنع عنه العقوبة كلما اعتبر فعله معصية.

النظرية الثالثة : وهى نظرية ابن تيمية وتلميذه ابن القيم وهما من الحنابلة، وعندهما أن العقوبة تطهر من المعصية، وأن التوبة تطهر من المعصية وتسقط العقوبة فى الجرائم التى تمس حقا لله، فمن تاب من جريمة من هذه الجرائم سقطت عقوبته إلا إذا رأى الجانى نفسه أن يتطهر بالعقوبة، فإنه إذا اختار أن يعاقب عوقب بالرغم من توبته[٢].

ويترتب على هذه النظرية أن من عدل عن إتمام جريمته تائبا تسقط عنه العقوبة إذا كانت الجريمة مما يمس حقا لله، أى حقا من حقوق الجماعة، ما لم يطلب الجانى نفسه أن يعاقب، أما إذا كانت الجريمة تمس حقا للأفراد فلا تسقط العقوبة.

والقاعدة العامة فى القوانين الوضعية هى أن توبة الجانى لا تسقط العقوبة. وهذا يتفق مع نظرية مالك ومن معه، ولكن بعض القوانين الوضعية لا تعاقب الجانى إذا عدل مختارا عن إتمام الجريمة، ومن هذه القوانين القانون المصرى والقانون الفرنسى، وهذا يتفق مع ما يقوله بعض الفقهاء المسلمين من أن التوبة تسقط العقوبة. وبعض القوانين الوضعية لا تخلى الجانى من المسئولية عن الشروع ولو عدل عن إتمام الجريمة مختارا كالقانون الإنجليزى والقانون الهندى.

٢٥٤ — الشروع في الجريمة المستحيلة : — ليس فى أقوال الفقهاء ما يشير

(١) شرح الزرقانى ج٨ ص ١١٠ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٦ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٦ — المغنى ج ١٠ ص ٣١٦.

(٢) أعلام الموقعين ج ٢ ص ١٩٧، ١٩٨.

إلى ما نسميه اليوم بالجريمة المستحيلة . والجريمة المستحيلة كما يعرفها شراح القوانين الوضعية هى التى يستحيل وقوعها إما لعدم صلاحية وسائلها ، كمن يطلق على آخر بقصد قتله بندقية لا يعلم أنها غير معمرة أو أن إبرتها مكسورة ، و إما لانعدام موضوعها ، كمن يطلق عيارا على ميت بقصد قتله وهو غير عالم بموته .

وقد كانت الجريمة المستحيلة محل نظر فقهاء القانون الوضعى ومناقشاتهم فى القرن الماضى ، وكان بعضهم يرى العقاب على الشروع فيها ، و بعضهم لا يرى ذلك . أما اليوم فقد اتجه الرأى إلى إهمال نظرية الاستحالة والأخذ بالمذهب المضاد وهو المذهب الشخصى ، ويقوم على النظر إلى غرض الفاعل وخطورته ، فمتى كانت الأفعال التى أتاها تدل صراحة على قصد الفاعل فهو شارع فى الجريمة وتجب عليه عقوبة الشروع .

ورأى أصحاب المذهب الشخصى فى الجريمة المستحيلة يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية ، إذ يستوى فى الشريعة الإسلامية أن تستحيل الجريمة بالنسبة لوسائلها أو موضوعها والغاية منها ، فإن ذلك كله لا ينفى مسئولية الجانى إن كان ما فعله معصية ، ولا شك أن محاولة الجانى الاعتداء على المجنى عليه هى فى ذاتها معصية بغض النظر عما إذا كانت المحاولة قد أدت لنتيجتها أم لم تؤد لذلك ، وسواء كانت نتيجة المحاولة ممكنة الحصول أو مستحيلة الوقوع ؛ لأن المحاولة فى كل الأحوال اعتداء على الفرد وعلى أمن الجماعة ، وما دامت النية الجنائية قد ظهرت وتجسمت فى أفعال خارجية أتى بها الجانى بقصد تنفيذ جريمته فهو جان يستحق العقاب كلما تكون من أفعاله معصية ، وإذا كان الفعل لم يلحق أذى فعلا بالمجنى عليه ، أو كانت الجريمة قد استحال تنفيذها ، فإن ذلك أمر يترك تقديره للقاضى ، فيعاقب الجانى بالعقوبة التى تتلاءم مع قصده وخطورته والظروف التى أحاطت بتنفيذ جريمته .

الفصل الثانى

الاشتراك فى الجريمة

٢٥٥ - صور الاشتراك : قد يرتكب الجريمة فرد واحد ،وقد يرتكبها أفراد متعددون فيساهم كل منهم فى تنفيذها ، أو يتعاون مع غيره على تنفيذها ، وصور المساهمة والتعاون لا تخرج مهما اختلفت عن حالة من أربع : فالجانى قد يساهم فى تنفيذ الركن المادى للجريمة مع غيره ، وقد يتفق مع غيره على هذا التنفيذ ، وقد يحرضه عليه ، وقد يعينه على ارتكاب الجريمة بشتى الوسائل دون أن يشترك معه فى التنفيذ ، وكل واحد من هؤلاء يعتبر مشتركا فى الجريمة سواء اشترك ماديا فى تنفيذ الركن المادى للجريمة أو لم يشترك ماديا فى تنفيذه .

وللتمييز بين من يشترك ماديا ومن لا يشترك فى تنفيذ الركن المادى للجريمة يسمى من يباشر تنفيذ الركن المادى شريكا مباشرا ، ويسمى من لا يباشر التنفيذ شريكا متسببا ، ويسمى فعل المباشر الاشتراك المباشر فى الجريمة ، ويسمى فعل الشريك المتسبب الاشتراك غير المباشر أو الاشتراك بالتسبب . وأساس هذه التفرقة أن الأول يباشر تنفيذ الركن المادى للجريمة فهو شريك فى المباشرة ، وأن الثانى يتسبب فى الجريمة باتفاقه أو تحريضه أو بذله العون ولكنه لا يباشر تنفيذ ركن الجريمة المادى فهو شريك بالتسبب[1] .

ولعل فى التفريق بين الشركاء المختلفين على الوجه ما يزيل اللبس الذى يحدث من تسمية كل واحد من الشركاء بالشريك دون تمييز بين من يباشر الجريمة ومن لم يباشرها ، ولعل رجال القانون فى مصر أول من يعانى من هذا اللبس حيث جرى الشراح المصريون على تسمية المتسبب والمباشر بالشريك .

---

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠ .

٢٥٦ - اهتمام وإهمال : ويجب أن نلاحظ قبل كل شيء أن فقهاء الشريعة اهتموا بإبراز أحكام الاشتراك المباشر ، بينما أهملوا إلى حد كبير أحكام الاشتراك بالتسبب ، ولذلك الاهتمام وهذا الإهمال علتان : -

العلة الأولى : - إن الفقهاء كما ذكر من قبل[1] قصروا همهم على بيان أحكام الجرائم ذات العقوبات المقدرة وهى جرائم الحدود والقصاص ، لأنها جرائم ثابتة لاتقبل التغيير والتعديل ، ولأن عقوباتها مقدرة لاتقبل الزيادة أو النقص أما جرائم التعزير فلم يهتموا بها ولم يضعوا لها أحكاما خاصة ، لأنها فى الغالب جرائم غير ثابتة ، تتغير بتغير ظروف الزمان والمكان واختلاف وجهات النظر كما أن عقوبات التعزير غير ثابتة فهى تقبل الزيادة والنقص .

العلة الثانية : - إن القاعدة العامة فى الشريعة أن العقوبات المقدرة تقع على من باشر الجريمة دون المتسبب ، وهذه القاعدة مطبقة بدقة عند أبى حنيفة ولكن بقية الفقهاء يستثنون من القاعدة جرائم الاعتداء على النفس ومادونها أى جرائم القتل والجرح ، وحجتهم فى ذلك أن من طبيعة هذه الجرائم أن تقع بالمباشرة والتسبب ، وأنها تقع كثيرا بالتسبب ، فلو طبقت القاعدة على المباشر فقط لامتنع توقيع العقوبة المقدرة على المتسبب مع أنه نفذ الركن المادى للجريمة كما فعل المباشر ويقصر هؤلاء الفقهاء الاستثناء على الشركاء المباشرين ، أما الشركاء المتسببون فيخضعونهم للقاعدة العامة .

ويترتب على القاعدة العامة أن الشريك المتسبب إذا اشترك فى جريمة ذات عقوبة مقدرة لم يعاقب بهذه العقوبة ؛ لأن العقوبة المقدرة لاتقع إلا على الشريك المباشر فقط ، فجريمة الاشتراك بالتسبب هى من جرائم التعازير فى كل حال سواء اشترك الشريك المتسبب فى جريمة من جرائم الحدود والقصاص ،

---

(١) راجع الفقرة ٤٨ .

أو اشترك فى جريمة من جرائم التعزير . وهذا يفسر لنا اهتمام الفقهاء بالاشتراك المباشر ، وإهمالهم الاشتراك بالتسبب ، فقد اهتموا بالاشتراك المباشر ؛ لأن الشريك المباشر يعاقب بعقوبة الحد والقصاص إذا ارتكب جريمة من هذا النوع ، وقد أهملوا الاشتراك بالتسبب ؛ لأن الشريك بالتسبب لا يعاقب بعقوبة الحد أو القصاص ، وإنما يعزر ، فجريمته دائما من جرائم التعازير ، ولو أنه اشترك فى جريمة من جرائم الحدود أو القصاص .

والفقهاء بالرغم مما سبق لم يهملوا الاشتراك غير المباشر إهمالا كليا ، بل تعرضوا له أثناء بحث الجناية على النفس أو مادونها أى جرائم القتل والجرح ؛ لأن هذه الجرائم ترتكب إما مباشرة و إما بالتسبب ، والاشتراك غير المباشر نوع من التسبب وماذكره الفقهاء عن الاشتراك بالتسبب بمناسبة الكلام على القتل والجرح كاف على قلته لاستخراج القواعد العامة التى بنى عليها الفقهاء أحكام هذا النوع من الاشتراك ، وسنرى فيما بعد أن هذه القواعد لا تختلف فى مجموعها عن قواعد الاشتراك بالتسبب فى أحدث القوانين الوضعية .

٢٥٧ ـ شروط الاشتراك العامة : ـ والاشتراك سواء كان مباشرا أو غير مباشر له شرطان عامان يجب توفرهما لاعتبار الاشتراك جريمة وهذان الشرطان هما : —

أولا — أن يتعدد الجناة ، فإذا لم يتعددوا فليس هناك اشتراك مباشر ، ولا غير مباشر .

ثانيا ـ أن ينسب إلى الجناة فعل محرم معاقب عليه ، فإذا لم يكن الفعل المنسوب إليهم معاقبا عليه فليس هناك جريمة وبالتالى لا اشتراك .

المبحث الأول

فى الاشتراك المباشر

٢٥٨ - اشتراك المباشرين : - الأصل أن هذا النوع من الاشتراك يوجد فى حالة تعدد الجناة الذين يباشرون ركن الجريمة المادى ، وهو ما نسميه اليوم بتعدد الفاعلين الأصليين أو اشتراك أكثر من فاعل أصلى فى الجريمة ، ولكن الفقهاء يلحقون بهذا النوع من الاشتراك بعض صور الاشتراك بالتسبب ويجعلون حكمها واحدا ولو أن الشريك بالتسبب لايباشر ركن الجريمة المادى بنفسه ، وعلى هذا يعتبر مباشرا للجريمة : -

أولا - من يرتكبها وحده أو مع غيره ، فمن قتل إنسانا أو سرق متاعه فهو مباشر لجريمة القتل أو السرقة ، وإذا اشترك اثنان أو ثلاثة فى القتل فأطلق كل منهم عيارا على المجنى عليه فأصابه إصابة قاتلة فكل منهم مباشر لجريمة القتل ، وإذا سرقوا من حرز أمتعة لآخر فكل منهم سارق .

مسئولية المباشر فى حالتى التوافق والتمالؤ : يفرق أغلب الفقهاء بين مسئولية الشريك المباشر فى حالة التوافق وبين مسئوليته فى حالة التمالؤ ، ففى حالة التوافق يسأل كل شريك عن نتيجة فعله فقط ، ولا يسأل عن نتيجة فعل غيره ، كشخصين ضربا ثالثا فقطع أحدهما يده وقطع الثانى رقبته ، فيسأل الأول عن القطع ، ويسأل الثانى عن القتل ، أما فى حالة التمالؤ فيسأل كل منهما عن القتل .

والتوافق معناه أن تتجه إرادة المشتركين فى الجريمة إلى ارتكابها دون أن يكون بينهم اتفاق سابق ، بل يعمل كل منهم تحت تأثير الدافع الشخصى والفكرة الطارئة ، كما هو الحال فى المشاجرات التى تحدث فجأة ، فيتجمع لها أهل المتشاجرين

دون اتفاق سابق ، و يعمل كل منهم بحسب ما تمليه عليه رغبته الذاتية وفكرته الطارئة ، ففي هذه الحالة وأمثالها يقال إن بين المشتركين توافق ، ولكن كلامنهم لا يسأل إلا عن فعله فقط ، ولا يتحمل نتيجة فعل غيره .

أما التمالؤ فيقتضى الاتفاق السابق بين الشركاء المباشرين على ارتكاب الجريمة بمعنى أنهم يقصدون جميعاً قبل ارتكاب الحادث الوصول إلى تحقيق غرض معين ، و يتعاونون أثناء وقوع الحادث على إحداث ما اتفقوا عليه ، فإذا اتفق شخصان على قتل ثالث ، ثم ذهبا لتنفيذ الجريمة فضربه أحدهما بسكين فقطع إصبع يده ، وذبحه الثانى ، فإنهما يعتبران متمالئين على جريمة القتل ، وكلاهما مسئول عن القتل لهذا التمالؤ .

ولا يفرق أبو حنيفة بين التوافق والتمالؤ ، فحكمهما عنده واحد ، والجانى لا يسأل فى الحالين إلا عن فعله فقط[١] . أما بقية الأئمة فيفرقون بين التوافق والتمالؤ على الوجه الذى سبق بيانه[٢]، على أن بعض الفقهاء فى مذهب الشافعى وأحمد يأخذون برأى أبى حنيفة[٣].

متى يعد الجانى شريكا مباشرا ؟ : ــ يعد الجانى شريكا مباشرا كلما أتى فعلا يعتبر به أنه بدأ فى تنفيذ الجريمة ، وهو يعتبر كذلك كلما أتى فعلا يعتبر معصية قاصدا به تنفيذ الجريمة ، فهو يعد مباشرا للجريمة كلما اعتبر شارعا فى تنفيذها بتعبيرنا العصرى سواء تمت الجريمة أو لم تتم ؛ لأن تمام الجريمة أو عدم تمامها ليس له أثر على اعتباره شريكا مباشرا ، و إنما أثره قاصر على العقوبة ، فإن تمت الجريمة وكانت حدا وجبت عقوبة الحد ، و إن لم تتم وجبت عقوبة التعزير فقط

---

(١) الزيلعى ج ٦ ص ١١٤ ــ البحر الرائق ج ٨ ص ٣١٠ .

(٢) شرح الدردير ج٤ ص ٢١٧ ، ٢١٨ ــ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦١ ، ٢٦٣ ــ . تحفة المحتاج ج٤ص١٤، ١٥ ــ حاشية البيجيرمى على المنهج ج ٤ ص ١٤٠ ــ الإقناع ج ٤ ص ٧١.

(٣) المغنى ج ٩ ص ٣٦٦ ــ الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٣٥ ــ المهذب ج ٢ ص ٧١٦ .

فإذا كانت الجريمة من جرائم التعزير فالعقوبة هي التعزير في حالة التمام وعدم التمام.

وقد بينا من قبل أن نظرية الشريعة الإسلامية في الشروع تتفق مع نظرية أصحاب المذهب الشخصي في القوانين الوضعية[١]، وهي النظرية السائدة في معظم القوانين والتي يتجه إليها معظم الشراح، ونزيد هنا أن نظرية الشريعة في الشريك المباشر قائمة على نفس الأساس الذي قامت عليه نظرية الشروع، ومن ثم فهي تتفق مع ما تأخذ به معظم القوانين الوضعية الحديثة ومنها القانون المصري.

ثانيا: ـ يعتبر مباشرا للجريمة الشريك المتسبب إذا كان المباشر آلة في يده يحركه كيف يشاء، ولا خلاف بين الفقهاء على تقرير هذا المبدأ، ولكنهم يختلفون في تطبيقه فمن يأمر شخصا غير مميز أو شخصا حسن النية بقتل آخر فيقتله فإن الآمر يعتبر فاعلا مباشرا للجريمة عند مالك والشافعي وأحمد ولو أنه لم يباشر الفعل المادي لأن المأمور كان أداة في يد الآمر يحركه كيف يشاء[٢]. أما أبو حنيفة فلا يعتبر الآمر مباشرا إلا إذا كان أمره إكراها للمأمور فإن لم يبلغ الأمر درجة الإكراه فهو شريك بالتسبب فقط وليس مباشرا ولا يأخذ حكم المباشر[٣].

واعتبار الشريك بالتسبب مباشر هي نظرية محل خلاف بين القوانين الوضعية وبين الشراح، فمن القوانين والشراح من يأخذ بها ومنهم من لا يأخذ بهـا، وكان القانون المصري يأخذ بهذه النظرية قبل سنة ٩٠٤ حيث كان يعاقب الرئيس الآمر بالقتل والقادر على استعمال الوسائل

---

(١) راجع الفقرة ٢٥٠

(٢) الشرح الكبير للدردير ج٤ ص ٢١٦، ٢١٨ ـ المهذب ج٢ ص١٨٩ ـ الشرح الكبير ج٩ ص٣٤٤ ـ المغني ج٩ ص ٣٣١.

(٣) بدائع الصنائع ج٧ ص ١٨٠.

الجبرية باعتباره فاعلا أصلياً لا شريكا للفاعل[1]. أما بعد سنة ١٩٠٤ فقد أصبح القانون المصرى يعتبر الآمر شريكاً كما هو ظاهر النص ، ولكن المحاكم المصرية لاتزال مع ذلك على اعتبار الشريك المتسبب مباشراً متأثرة فى هذا بقوة النظرية ورجوح رأى مؤيديها ، فكأن المحاكم المصرية تأخذ اليوم فى هذه المسألة بنظرية الشريعة الإسلامية .

٢٥٩ — **عقوبة المباشرين** : القاعدة فى الشريعة أن تعدد الفاعلين لا يؤثر على العقوبة التى يستحقها كل منهم لو كان قد ارتكب الجريمة بمفرده ، فعقوبة من اشترك مع آخرين فى مباشرة جريمة هى نفس العقوبة المقررة لمن ارتكب الجريمة وحده ، ولو أن الجانى عند التعدد لا يأتى كل الأفعال المكونة للجريمة .

٢٦٠ — **أثر ظروف المباشر على العقوبة** : وإذا كانت عقوبة الجريمة واجبة على كل مباشر وإن اشترك مع غيره إلا أن عقوبة كل مباشر تتأثر بظروفه الخاصة . والأصل فى ذلك أن العقوبة المستحقة على كل جان تتأثر بصفة الفعل وصفة الفاعل ، وقصد الفاعل ، فقد يكون الفعل بالنسبة لأحد الجناة اعتداء ، وبالنسبة للثانى دفعا لصائل أى دفاعاً شرعياً . وبالنسبة للثالث تأديباً . وقد يكون أحد الفاعلين مجنوناً . وأحدهم عاقلا . وقد يكون أحدهم عامداً . وأحدهم مخطئاً وكل هذا يؤثر على العقوبة ، فمن كان فى حالة دفاع أو تأديب لا عقاب عليه إذا لم يجاوز حد الدفاع أو التأديب ، ومن كان مجنوناً فلا عقاب عليه ، بخلاف العاقل المميز ، ومن كان مخطئاً نزلت عقوبته عن عقوبة العامد .

٢٦١ — **هل تتأثر عقوبة الشريك بظروف شريكه ؟** : — القاعدة فى

---

(١) راجع المادتين ٢٢٣، ٢٢٤ من قانون العقوبات المصرى الصادر فى سنة ١٨٨٣

الشريعة أنه إذا تأثرت عقوبة أحد الشركاء لصفة فى الفعل ، أو لصفة فى الفاعل أو لقصد الفاعل ، فإن عقوبة الشريك الآخر الذى لم تتوفر له هذه الصفات لا تتأثر بفعل غيره أو صفته أو قصده . فإذا جرح شخص آخر دفاعاً عن نفسه وتعمد ثالث جرحه بقصد قتله ، فمات من الجرحين ، فإن الجانى الأول يعفى من العقاب ؛ لأن وجوده فى حالة دفاع شرعى أباح له الفعل ، و يعاقب الثانى بعقوبة القتل العمد ؛ لأن فعله عدوان متعمد ، ولا يؤثر على عقوبته أنه اشترك فى القتل مع من يباح له القتل ؛ لأن إعفاء الأول كان لصفة فى فعله لم تتوفر فى فعل الثانى و إذا اشترك مجنون مع عاقل فى ارتكاب جريمة أعفى الأول من العقوبة لجنونه، وعوقب الثانى بالعقوبة المقررة للجريمة دون أن يكون الإعفاء الأول أثر على عقوبة الثانى ، إذ الإعفاء أساسه معنى أو صفة توفرت فى الأول ولم تتوفر فى الثانى . والأب حين يشترك مع غيره فى قتل ولده لا يقتص منه ، ولكن الغير يقتص منه ؛ لأن أساس إعفاء الأب صفة الأبوة فى الأب وهى صفة خاصة به لا تتوفر فى شريكه فلا يستفيد منها الشريك . والعامد والمخطىء إذا اشتركا فى جريمة قتل عوقب كل منهما على أساس قصده ، فعلى العامد عقوبة العمد ، وعلى المخطىء عقوبة الخطأ ، ولا تتأثر عقوبة الأول بتخفيف عقوبة الثانى ؛ لأن أساس التخفيف انعدام قصد الجانى وهو معنى لا يتوفر فى العامد[1] .

هذه هى القاعدة الأساسية فى الشريعة الإسلامية ولا خلاف عليها بين الفقهاء ، و إذا كانوا قد اختلفوا عند تطبيق القاعدة على جرائم الحدود والقصاص فإن الخلاف ليس فى الواقع على تطبيق هذه القاعدة ، و إنما الخلاف على تطبيق قاعدة أخرى هى قاعدة درء الحدود بالشبهات ، كما أن الخلاف محصور فى

---

(١) مواهب الجليل جـ٦ ص ٢٤٢ ـ الشرح الكبير للدردير جـ٤ ص ٢١٨ ، ٢١٩ ـ بدائع الصنائع جـ٧ ص ٤٣٩ ـ البحر الرائق جـ ٨ ص ٣٠١ ـ نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٦٢ وما بعدها ـ المهذب جـ٢ ص ٢٩٧ ـ المغنى جـ ٩ ص ٣٧٣ ، ٣٧٩ وما بعدها .

الحالات التى يحتمل فيها أن يكون فعل أحد المباشرين هو الذى أدى إلى النتيجة المعاقب عليها دون فعل الآخر أو الآخرين ، كحالة القتل من مخطىء وعامد ومن مدافع ومعتد ، ومن مجنون وعاقل ، ومن صبى و بالغ ، ومن عمل الطبيب وعدوان الجانى . اختلفوا فى هذه الحالات وأمثالها ؛ لأن فعل الشريكين أدى للقتل ومن المحتمل أن يكون فعل أحدهما هو الذى أدى للقتل دون فعل شريكه فرأى البعض فى قيام هذا الاحتمال شبهة درأ على أساسها الحد عن الشريك الآخر ، ورأى البعض أن لا شبهة فلم يدرأ الحد وعاقب كلا بعقوبته المستحقة عليه ، فالخلاف إذن ليس على القاعدة الأصلية ، و إنما هو على قاعدة درء الحدود بالشبهات ، و إن كانت النتيجة العملية عند من يدرأ الحد أن الشريك يتأثر بظروف شريكه عملا سواء كانت هذه الظروف قائمة على صفة الفعل أو صفة الفاعل أو قصده .

ونظرية الشريعة فى عدم تأثر عقوبة الشريك المباشر بظروف شريكه تتفق تمام الاتفاق مع النظرية التى أخذ بها قانون العقوبات المصرى ، وهى النظرية السائدة فى القوانين الوضعية فالقانون المصرى ينص على أنه «إذا وجدت أحوال خاصة بأحد الفاعلين تقتضى تغيير وصف الجريمة أو العقوبة بالنسبة له فلا يتعدى أثرها إلى غيره منهم . وكذلك الحال إذا تغير الواصف باعتبار قصد مرتكب الجريمة أو كيفية علمه بها »[1] .

المبحث الثانى

فى الاشتراك بالتسبب

٢٦٢ — الشركاء المتسببون : يعتبر شريكاً متسبباً من اتفق مع غيره على

---

(١) راجع المادة ٣٩ من قانون العقوبات المصرى .

ارتكاب فعل معاقب عليه،ومن حرض غيره أو أعانه على هذا الفعل ، ويشترط فى الشريك أن يكون قاصداً الاتفاق أو التحريض أو الإعانة على الجريمة .

٢٦٣ — شروط الاشتراك بالتسبب : ويستخلص مما سبق أن الاشتراك بالتسبب لا يوجد إلا إذا توفرت ثلاثة شروط : أولها — فعل معاقب عليه هو الجريمة . وثانيها — وسيلة لهذا الفعل وهى اتفاق أو تحريض أو إعانة . وثالثها — أن يكون الشريك قاصداً من وسائله وقوع الفعل المعاقب عليه . وسنتكلم على هذه الشروط واحداً بعد الآخر فيما يلى : —

الشرط الأول : الفعل المعاقب عليه : يشترط لوجود الاشتراك أن يكون هناك فعل معاقب عليه ، وأن يقع هذا الفعل ، وليس من الضرورى أن يقع الفعل تاماً ، بل يكفى لمؤاخذة الشريك أن يكون الفعل غير تام أى شروعاً معاقباً عليه ، وليس من الضرورى أن يعاقب الفاعل المباشر ليعاقب الشريك ، فقد يكون المباشر حسن النية فلا يعاقب ويعاقب الشريك ، وقد يعفى الفاعل من العقوبة لصغره أو لجنونه ويعاقب الشريك .

الشرط الثانى : يجب أن يكون الاشتراك باتفاق أو تحريض أو إعانة :

أ — الاتفاق : يفرق أغلب الفقهاء كما ذكرنا[1] بين التوافق والاتفاق أى التمالؤ ، فالتوافق هو توارد خواطر أكثر من شخص على ارتكاب جريمة ما دون اتفاق فيما بينهم ، ولا يعتبر الموافقون شركاء بالتسبب،وإنما يمكن اعتبارهم شركاء بالمباشرة إذا ارتكبوا الفعل المحرم .

أما الاتفاق فيقتضى تفاهماًسابقاًعلى ارتكاب الجريمة بين الشريك المتسبب والشريك المباشر ، كما يقتضى اتجاه إرادتيهما واتحادهما على ارتكاب الجريمة ، فإذا لم يكن هناك اتفاق سابق فلا اشتراك ، وإذا كان هناك اتفاق سابق ولكن

---

(١) راجع الفقرة ٢٥٨ .

على غير الجريمة التى ارتكبت فليس هناك اشتراك ، فمن اتفق مع آخر على سرقة جاموسة شخص معين فذهب المباشر وضرب صاحب الجاموسة أو سرق جاموسة شخص آخر فلا اشتراك ، ولكن انعدام الاشتراك لا يمنع من العقاب على الاتفاق مستقلا ؛ لأنه معصية .

ولقيام الاشتراك يجب أن تقع الجريمة نتيجة للاتفاق . فإذا وقعت الجريمة المتفق عليها ولكن لم يكن وقوعها نتيجة الاتفاق فلا اشتراك ، فمن اتفق مع آخر على قتل ثالث ، و بعد اتفاقهما وقبل حلول الموعد المحدد لارتكاب الجريمة علم الثالث بما دبر له ؛ فذهب إلى الموكل بمباشرة الجريمة وحاول أن يقتله ، فقتله الآخر دفاعا عن نفسه ، فلا مسئولية على المباشر ؛ لأنه كان فى حالة دفاع عن النفس ، ولكنه هو ومن اتفق معه مسئولان عن اتفاقهما على ارتكاب جريمة القتل ولو لم تنفذ هذه الجريمة ؛ لأن الاتفاق على ارتكاب الجريمة معصية فى ذاته سواء وضع موضع التنفيذ أو لم يوضع .

نظرية لمالك : — ويعتبر مالك من اتفق مع آخر على ارتكاب جريمة وحضر أثناء ارتكابها شريك مباشر لا شريكا متسببا ، ولو أنه لم يباشر الجريمة ولم يعن المباشر إذا كان بحيث لم يباشرها غيره باشرها هو . وهذه نظرية مالك فى الشريك المتسبب على الإطلاق سواء كانت وسيلة التسبب الاتفاق أو التحريض أو الإعانة[١] ، وينفرد مالك بهذه النظرية فلا يوافقه عليها غيره من الفقهاء .

ب : التحريض : يقصد بالتحريض إغراء المجنى عليه بارتكاب الجريمة ، والمفروض أن يكون الإغراء هو الدافع لارتكاب الجريمة ، فإذا كان من وجه إليه الإغراء سيرتكب الجريمة ولو لم يكن إغراء ولا تحريض ، فلا يمكن القول بأن التحريض هو الذى دفع الجانى للجريمة ، وسواء كان للتحريض أثر أو لم

---

(١) شرح الزرقانى ج٨ ص١٠ — مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٢ .

يكن ، فإنه يجوز طبقا لقواعد الشريعة العقاب على التحريض مستقلا ؛ لأن التحريض على ارتكاب الجريمة معصية وأمر بإتيان المنكر .

ويعتبر تحريضا الأمر بالقتل ، والإكراه على القتل ، والفرق بين الأمر والإكراه أن الأمر لا يؤثر على اختيار المأمور فيكون فى وسعه أن يأتى الجريمة أو يتركها ، أما المكره فليس كذلك ؛ لأن الإكراه يؤثر على اختياره وليس فى وسعه أن يختار إلا بين شيئين : إما إتيان الجريمة ، وإما قبول ما يهدد به والصبر عليه .

وإذا كان الآمر ذا سلطان على المأمور كسلطان الأب على ولده الصغير والمعلم على تلميذه فقد يبلغ الأمر درجة الإكراه ، وإذا لم يكن المأمور صغيرا ولا معتوها ولا مجنونا ولم يكن للآمر عليه سلطان فليس الأمر إلا تحريضاً عاديا قد ينتج أثره وقد لا ينتجه .

ويفرقون فى حالة وجود سلطان للآمر بين المميز وغيره ، فإن كان المأمور غير مميز ولا يمكنه أن يخالف الآمر فهو أداة للآمر ولو أنه باشر الجريمة ، ويعتبر الآمر هو المباشر لها ولا يعتبر فى هذه الحالة شريكًا بالتسبب[1] .

ويرى مالك أن المحرض إذا حضر فى محل الجريمة أثناء مباشرتها يعتبر فاعلا أصليا سواء ساعد المباشر أو لم يساعده ، بشرط أن يكون بحيث إذا لم يباشر غيره الجريمة باشرها هو .

جـ ـ الإعانة : ـ يعتبر شريكا فى الجريمة بالتسبب من أعان غيره على ارتكابها ولو لم يتفق معه على ارتكابها من قبل ، فمن يرقب الطريق للقاتل أو السارق يعتبر معينا له ، ومن يستدرج المجنى عليه لمحل الحادث ثم يتركه لغيره يقتله

---

(١) الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٢١٦ ، ٢١٨ ـ المهذب جـ ٢ ص ١٨٩ ـ المغنى جـ ٩ ص ٣٣١ ـ بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٨٠ .

أو يسرقه فهو معين للقاتل أو السارق ومن ينتظر خارج محل السرقة ليساعد الجانى أو الجناة فى نقل المسروقات يعتبر معينا لهم .

ويميز الفقهاء بين المباشر والمعين ، فالمباشر هو الذى يأتى الفعل المحرم أو يحاول إتيانه ، أما المعين فلا يباشر نفس الفعل ولا يحاول مباشرته ، وإنما يعين المباشر بأفعال لا صلة لها بذات الفعل المحرم ولا تعتبر تنفيذا لهذا الفعل .

وقد اختلف الفقهاء فى حكم من أمسك إنسانا ليقتله ثالث ، فرأى البعض أن الممسك شريك معين وليس مباشرا للقتل ، وهو رأى أبى حنيفة والشافعى ، ورأى فى مذهب أحمد ، وحجتهم أن الممسك إذا كان تسبب بفعله فى القتل إلا أن الآخر هو الذى باشره ، والمباشرة تتغلب على السبب إذا لم يمكن ملجئا . ورأى البعض أن الممسك والقاتل كلاهما مباشر للقتل ، وهذا رأى مالك والرأى الثانى فى مذهب أحمد ، وحجتهم أن القاتل باشر القتل والممسك تسبب فيه . وأن المباشرة والسبب تساويا فى إحداث نتيجة الفعل وهى القتل . ولم يكن فى الإمكان أن تحدث هذه النتيجة لو لم يكن أحد الفعلين [١] .

والخلاف بين الفقهاء لا يرجع إلى اعتبار هذا معينا وذاك مباشرا ، فلا خلاف بينهم فى تعريف المعين والمباشر ، وإنما الخلاف يرجع إلى تطبيق القواعد التى تبين الطريقة التى ارتكبت بها الجريمة ، وهل هى المباشرة أو التسبب [٢] . هذه القواعد تلخص فى أن المباشرة إذا اجتمعت مع السبب لا تخرج عن حالات ثلاث :-

الأولى : أن يتغلب السبب على المباشرة ، ويحدث ذلك إذا لم تكن المباشرة عدوانا ، كشهادة الزور على المتهم بالقتل والحكم عليه بناء على هذه الشهادة .

الثانية : أن تتغلب المباشرة على السبب ، ويكون ذلك كلما قطعت المباشرة

---

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٧ — البحر الرائق ج ٨ ص ٣٤٥ — نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٤ — الشرح الكبير ج ٩ ص ٢٣٣ .

(٢) راجع الفقرة ٣١٤ وما بعدها .

عمل السبب ولم يكن السبب ملجئا ، كمن ألقى بآخر فى لجة لا تستطاع النجاة منها فلقيه ثالث فى اللجة فقتله .

الثالثة : أن يعتدل السبب والمباشرة ، ويكون ذلك كلما تساوى عملهما كالإكراه على القتل . فإن المكره هو الذى يحرك المباشر ويحمله على ارتكاب الحادث ، ولولا الأول لما فعل الثانى شيئا ، ولولا فعل الثانى ما أدى الإكراه للقتل.

فالخلاف واقع فى تطبيق هذه القواعد لا فى غيرها . إذ الممسك يعتبر متسببا فى القتل والثانى مباشرا له ، فقد اجتمعت إذن مباشرة وتسبب . فمن اعتبر الممسك شريكا مباشرا فقد رأى أن المباشرة اعتدلت مع السبب وتساوى عملهما، ومن اعتبر الممسك شريكا بالتسبب فقد رأى أن المباشرة تغلبت على السبب ، وأن عمل الممسك يعتبر إعانة على القتل لا مباشرة له .

ويعتبر مالك المعين شريكا مباشرا فى حالة التمالؤ على الجريمة ، أى فى حالة الاتفاق السابق على الجريمة إذا حضر المعين محل الحادث ، أو كان على مقربة منه، بحيث لو استعين به على ارتكاب الجريمة لم يتأخر عن ارتكابها . فإذا لم يكن هناك اتفاق سابق على الجريمة ، وإذا حضر المعين محل الحادث ولم يكن على استعداد لارتكاب الجريمة لو استعين به. فهو شريك بالتسبب فقط. أما بقية الفقهاء فيعتبرون المعين شريكا بالتسبب فى كل الحالات مادام أنه لم يباشر تنفيذ الجريمة

الشرط الثالث :ـ أن يكون الشريك قاصدا من وسائله وقوع الفعل المعاقب عليه :ـ ويشترط أن يقصد الشريك من اتفاقه أو تحريضه أو عونه وقوع جريمة معينة ، فإن لم يقصد جريمة بعينها فهو شريك فى كل جريمة تقع مادامت تدخل فى قصده المحتمل ، فإذا لم يقصد الشريك جريمة ما ، أو قصد جريمة معينة فارتكب الجانى غيرها فلا اشتراك ، فمن أعطى إنسانا فأسا ليعزق بها أرضه فقتل بها آخر فلا يعتبر أنه أعان القاتل على القتل ، ومن حرض إنسانا على ضرب آخر فأتلف زراعته لا يعتبر شريكا فى جريمة الإتلاف . على أن عدم

مسئولية المحرض باعتباره شريكاً لا يمنع من مسئوليته عن التحريض على الضرب ولو لم تقع الجريمة المحرض عليها ؛ لأن التحريض فى ذاته معصية أى جريمة .

٢٦٤ - علاقة السببية بين الاشتراك والجريمة : لا يعتبر الاشتراك موجوداً إلا إذا كان بينه و بين وقوع الجريمة علاقة السببية المباشرة ، فإذا كانت وسيلة الاشتراك هى الاتفاق وجب أن تقع الجريمة نتيجة لهذا الاتفاق ، فإن لم تكن الجريمة نتيجة للاتفاق فلا اشتراك ، وإذا كانت وسيلة الاشتراك التحريض وجب أن تقع الجريمة نتيجة للتحريض ، فإن وقعت نتيجة لغير التحريض أو لم يكن للتحريض أثر فى نفس المباشر فلا اشتراك ، ويجب أن يكون بين الإعانة ووقوع الجريمة علاقة السببية ، فمن استدرج إنساناً إلى مكان معين ليقتله آخر فلم يجد القاتل فى المكان المتفق عليه فتركه يعود لمنزله ، ثم جاء الجانى بعد ذلك فلما علم بما حدث ذهب إلى المجنى عليه وقتله فى منزله ، ففى هذه الحالة لا يسأل المعين باعتباره شريكاً لانعدام علاقة السببية بين فعله ووقوع الجريمة . وانعدام الاشتراك لا يمنع من العقاب على الاتفاق والتحريض والإعانة باعتبارها معاصى أى جرائم مستقلة بذاتها ، ولا يتوقف العقاب عليها على تنفيذ الجريمة التى قصدت منها .

٢٦٥ - هل يكون الاشتراك بعمل سلبى : - وسائل الاشتراك هى الاتفاق والتحريض والإعانة والاتفاق والتحريض وسيلتان إيجابيتان بطبيعتهما ولا يتصور نسبة الاتفاق والتحريض لمن لم يتفق ومن لم يحرض . أما الإعانة فتحتمل بطبيعتها أن تكون سلبية ، كمن رأى جماعة يسرقون منزلا فسكت عليهم ، أو رآهم يقتلون آخر فلم يمنعهم عنه ، أو رأى رجلا يلقى بصغير لا يحسن العوم فى نهر فلم يمنعه ولم ينقذ الصغير ، فهل يعتبر السكوت فى هذه الأحوال وأمثالها إعانة يؤاخذ عليها أم لا ؟ أغلب الفقهاء لا يرون فى هذه الحالات وأمثالها إعانة لمن باشر الجريمة ؛ لأن السكوت وإن أمكن اعتباره عوناً من الناحية

الأدبية إلا أنه لا يمكن اعتباره اشتراكا بالتسبب وإعانة على الجريمة من الناحية الشرعية ، إذ الإعانة المعاقب عليها تقتضى التفاهم بين المعين والمباشر ، كما تقتضى أن يقصد الشريك من إعانته حدوث الجريمة ، وأن تؤدى الإعانة إلى حدوثها . والسكوت على المجرمين فى حالة من يرى جريمة ترتكب فلا يمنع من ارتكابها ، السكوت فى هذه الحالة لا يقوم على تفاهم ، وإنما قد يكون نتيجة الخوف أو عدم المبالاة ، كما أن الساكت لا يقصد من سكوته حدوث الجريمة ، وليس بين سكوته وبين ارتكاب الجريمة علاقة السببية التى يجب توفرها بين عون المعين ووقوع الجريمة . ولكن بعض الفقهاء لا يأخذون بهذا الرأى ، ويفرقون بين القادر على منع الجريمة ، ومن لا يقدر على منعها ، فأما من يقدر على منع الجريمة أو إنجاء المجنى عليه من الهلكة فهو مسئول جنائيا عن سكوته ، ويعتبر مشاركا فى الجريمة ومعينا للجناة ، وأما من لا يقدر على منع الجريمة أو إنجاء المجنى عليه من الهلكة فلا مسئولية عليه إذا سكت ، ولا يعتبر معينا على الجريمة حيث لم يكن فى إمكانه أن يفعل شيئا ، والله لا يكلف نفسا إلا وسعها[1] .

٢٦٦ - عدول الشريك وأثره : - إذا عدل الشريك عن اتفاقه مع المباشر أو تحريضه له ، أو عدل عن تقديم العون إليه ، ثم وقعت الجريمة بالرغم من ذلك فمن السهل فى حالة الاتفاق والإعانة إعفاء الشريك من عقوبة الجريمة التى وقعت ؛ لأن ما حدث منه لم يكن سببا فى وقوع الجريمة ، أما فى حالة التحريض فمن الصعب القول بإعفاء الشريك من العقاب ، إلا إذا أثبت المحرض أنه أزال كل أثر لتحريضه ، وأن المباشر ارتكب الجريمة وهو غير متأثر بتحريض الشريك . على أن هذا لا يمنع من العقاب على الاتفاق والتحريض باعتبار كل منهما معصية فى ذاته وبغض النظر عن الجريمة التى وقعت كما أن هذا لا يمنع من العقاب على العون الذى قدم كلما كان معصية .

٢٦٧ - عقوبة الشريك المتسبب : - القاعدة فى الشريعة أن العقوبات

---

(١) المغنى ج ٩ ص ٥٨٠ ، ٥٨١ .

المقدرة جعلت لمباشر الجريمة دون الشريك المتسبب ، وتطبيق هذه القاعدة يقتضى أن من اشترك فى جريمة من جرائم الحدود أو القصاص لا يعاقب بالعقوبة المقررة للجريمة أيا كانت وسيلة الاشتراك ، أى سواء كان الاشتراك بالاتفاق أو التحريض أو العون ، و إنما يعاقب بالتعزير

والعلة فى اختصاص هـذه القاعدة بجرائم الحدود والقصاص أن العقوبات المقررة لهذه الجرائم بالغة الشدة ، وأن عدم مباشرة الشريك المتسبب للجريمة يعتبر شبهة تدرأ عنه الحد ؛ ولأن الشريك المتسبب أيا كان الحال أخف جرما وأقل خطرا من مباشر الجريمة ، ومن ثم لم تستو عقوبتهما .

لـكن إذا كان فعل الشريك المتسبب بحيث يجعله فى حكم المباشر ، كما لو كان المباشر مجرد أداة فى يد الشريك المتسبب فإن الأخير يعاقب فى هذه الحالة بعقوبة الحد أو القصاص ؛ لأنه يعتبر شريكا مباشرا لا شريكا متسببا .

وقد عرفنا نظرية مالك التى تعتبر الشريك المتسبب أيا كانت وسيلة الاشتراك شريكا مباشرا إذا حضر تنفيذ الجريمة ، وكان بحيث إذا لم ينفذها غيره نفذها هو ، أو اشترك مع غيره فى تنفيذها . و بمقتضى هذه النظرية يعاقب الشريك المتسبب بعقوبة الحد والقصاص كلما اعتبر شريكا مباشرا .

أما جرائم التعازير فنستطيع أن ننظر إليها من وجهين : —

١ — فإذا قسناها على جرائم الحدود والقصاص وجب أن لا نسوى بين عقوبة الشريك المباشر وعقوبة الشريك المتسبب ، ووجب أن نجعل عقوبة الأخير أخف من عقوبة الأول ، و يمـكن تعليل هذا الرأى بأن القواعد التى تنطبق على جرائم الحدود والقصاص ، هى نفس القواعد التى تنطبق على جرائم التعازير فى الغالب ، وأن الشريك المتسبب أقل خطرا وأخف جرما من الشريك المباشر ، فلا معنى للتسوية بين مختلفين .

٢ — و إذا قلنا : إن القاعدة خاصة بجرائم الحدود والقصاص ، و إن سبب

التفريق بين الشريك المباشر والشريك المتسبب هو شدة العقوبة ، وجب أن نقول إن جرائم التعازير لا يفرق فيها بين عقوبة الشريك المباشر والشريك المتسبب ، وهذا هو الذى نرجحه ؛ لأن جريمة كل من الشريكين جريمة تعزيرية والعقوبة المقررة عليها عقوبة تعزيرية ، والشريعة لا تفرق بين جريمة تعزيرية وأخرى ، ولا تحدد لكل جريمة عقوبة بعينها ، وتترك للقاضى أن يختار العقوبة المناسبة للجريمة والمجرم ، كذلك فإن عقوبات التعزير غير مقدرة أى غير ثابتة ، وما دامت العقوبة غير ثابتة وتقديرها متروك للقاضى فمن الصعب وضع حدود لعقوبة المباشر والمتسبب ، كما أنه لا فائدة عملية ترجى من وراء وضع هذه الحدود .

ويترتب على هذا الرأى أنه يصح أن تزيد عقوبة الشريك المتسبب على عقوبة الشريك المباشر ، كما يصح أن تقل عنها أو تساويها ؛ لأن عقوبات التعازير ذات حدين فى الغالب، وللقاضى حرية تقدير العقوبة من بين الحدين مراعيا فى التقدير ظروف المجرم والجريمة ، فإذا رأى القاضى أن ظروف الشريك المباشر تقتضى استعمال الرأفة خفف عنه ، وإذا رأى أن ظروف الشريك المتسبب تقتضى استعمال الشدة غلظ عقوبته . ويستطيع القاضى على هذا الأساس أن يرفع عقوبة أحد الشريكين إلى الحد الأعلى ، أو أن ينزل بها إلى الحد الأدنى ، كما يستطيع أن يسوى بين عقوبة الشريكين إذا رأى أن الظروف تقضى بالتسوية بينهما .

٢٦٨ – أخذ الشريك بقصده الاحتمالى . — ويسأل الشريك المتسبب عن الجريمة التى ارتكبها الشريك المباشر، ولو كانت أشد من الجريمة التى قصدها الشريك المتسبب ، مادامت الجريمة التى وقعت نتيجة محتملة لاشتراكه ، وكان من الممكن توقع حصولها نتيجة لتنفيذ الجريمة المقصودة ، فمن حرض شخصا على ضرب آخر فضربه ضربة أدت لوفاته ، فالشريك المتسبب لا يسأل عن الضرب فقط وإنما يسأل عن القتل شبه العمد ؛ لأن القتل كان نتيجة محتملة الوقوع لتنفيذ جريمة

الضرب ، وإذا ضربه فأحدث به إصابة أدت لبتريده أو شللها فالشريك المتسبب مسئول عن جريمة إبانة الطرف أو إذهاب معناه ؛ لأن هذا من النتائج المتوقعة للضرب .

٢٦٩ - أثر ظروف الشريك المباشر على الشريك المتسبب : قد تتأثر عقوبة الشريك المتسبب بالظروف التى تؤثر على عقوبة الشريك المباشر وقد لا تتأثر بها وعقوبة الشريك المباشر تتأثر بصفة الفعل ، وصفة الفاعل ، وقصده كما بينا سابقاً[1] .

فأما من جهة الفعل ، فإذا ارتكب الشريك المباشر الفعل الذى قصده الشريك المتسبب ، فعلى كل منهما عقوبته كلما كان الفعل من جرائم التعزير ، أما إن كان الفعل من جرائم الحدود أو القصاص فلكل منهما عقوبته الخاصة للأسباب التى بيناها[2] . وإذا ارتكب المباشر فعلا غير الذى قصده الشريك المتسبب فلا يعاقب الأخير بعقوبة هذا الفعل إلا إذا كان داخلا فى قصده المحتمل .

وإذا كانت العقوبة قائمة على صفة الفاعل فشددت أو خففت أو انعدمت لصفته ، فإن الشريك المتسبب لا يتأثر بشىء من هذا ؛ لأن التشديد والتخفيف وامتناع العقاب راجع لمعنى فى الشريك المباشر لا يتوفر فى الشريك المتسبب ، فإذا كان الشريك المباشر صبياً أو مجنوناً فلا عقاب عليه ، وعلى الشريك المتسبب العقاب ، وإذا كان الشريك المباشر معتاداً على الإجرام شددت عليه العقوبة دون الشريك المتسبب ، وإذا كان الشريك المباشر صغير السن ، خففت عليه العقوبة لصغر سنه ولم تخفف عن الشريك المتسبب .

وإذا كانت العقوبة قائمة على قصد الفاعل عوقب بها الشريك المتسبب إذا لم يكن قصده مخالفاً لقصد المباشر ، ولا يعاقب بها إذا كان قصده الخاص يوجب عليه عقوبة أقل منها .

---

(١) راجع الفقرتين ٢٦٠ ، ٢٦١ .

(٢) راجع الفقرة ٢٦٧ .

ويراعى دائماً فى كل الحالات أن هنالك فرقاً بين عقوبة الشريكين فى جرائم الحدود والقصاص .

٢٧٠ - ظروف الشريك الخاصة : إذا كان للشريك المتسبب صفات خاصة تستدعى تغيير وصف الجريمة أو العقوبة فإنها تسرى عليه ، فإذا كان عائداً شددت عقوبته ، وإذا كان صغير السن خففت عقوبته ، وإذا كان معتوهاً أو مجنوناً أعفى من العقوبة ، وإذا كان للشريك المتسبب الحق فى إتيان الفعل فحرض غيره عليه ، كأن حرضه على تأديب ولده ، أو تلميذه ، أو زوجته ، فالفعل يعتبر جريمة بالنسبة للمباشر ، ولا يعتبر بالنسبة للشريك المتسبب ؛ لأنه لو باشر الفعل بنفسه لما اعتبر مجرماً ، وإذا زاد فعل المباشر على حد التأديب كانت مسئولية الشريك المتسبب قاصرة على تعدى حد التأديب فقط .

٢٧١ - بين الشريعة والقانون : وتتفق الشريعة مع القوانين الوضعية فى تعريف الاشتراك بالتسبب ، وشروط هذا النوع من الاشتراك ، ووسائل الاشتراك ، ووجوب توفر علاقة السببية بين وسيلة الاشتراك ووقوع الجريمة .

وتتفق نظرية الشريعة فى عقوبة الشركاء فى جرائم الحدود والقصاص مع النظرية التى يأخذ بها القانون البلجيكى اليوم ، فهو يجعل عقوبة الشريك المتسبب أقل من عقوبة الشريك المباشر . وتتفق كذلك مع ما أخذ به القانون المصرى فى القتل العمد

وتتفق نظرية الشريعة فى عقوبة الشركاء فى جرائم التعازير مع النظرية التى أخذ بها القانون المصرى والقانون الفرنسى فى معظم الجرائم ، حيث يسوى كلاهما بين عقوبة الشريك المباشر وعقوبة الشريك المتسبب .

وتتفق نظرية الشريعة فى استفادة الشريك المتسبب من ظروفه الخاصة مع ما يأخذ به القانون الإيطالى الذى يقرر هذا المبدأ .

٢٧٢ - العقاب على وسائل الاشتراك إذا لم تقع الجريمة المقصودة : -

القاعدة العامة فى الشريعة أن لا عقاب على حديث النفس ووسوسة الصدر وما ينتوى المرء عمله ما لم يعمل به أو يتكلم ، وأساس هذه القاعدة قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « إن الله عفا لأمتى عما وسوست أوحدثت به أنفسها ، مالم تعمل به أو تتكلم » .

ويترتب على هذه القاعدة أن الفرد إذا فكر فى الجريمة وانتواها وصمم عليها فلا عقاب عليه ، ما دام أنه لم يخرج نيته إلى حيز التنفيذ ، سواء كان التنفيذ بعمل مثل ارتكاب الجريمة ، أو بقول كأن يأمر غيره بارتكاب الجريمة أو يحرضه على ذلك أو يتفق معه على ارتكاب الجريمة .

والأصل فى الشريعة أن الاتفاق على الجريمة والتحريض عليها و إعانة المجرم على جريمته ، كل ذلك يعتبر بذاته جريمة مستقلة ، سواء وقعت الجريمة المقصودة أو لم تقع ، وهو يعتبر جريمة من وجهين : أولهما : أن الشريعة تحرم الأمر بالمنكر والاتفاق والإعانة عليه ، والجرائم هى أشد المنكرات وأكبرها فى الشريعة . وثانيهما : أن الاتفاق على الجريمة والتحريض والإعانة عليها يؤدى إلى ارتكاب ما تحرمه الشريعة وهو الجرائم ، والقاعدة الأصولية أن ما أدى إلى المحرم فهو محرم .

وعلى هذا يجوز عقاب من اتفق أو حرض أو أعان على جريمة ولو لم تقع هذه الجريمة ؛ لأن مجرد الاتفاق والتحريض والإعانة لا يخرج عن كونه جريمة بذاته ، فإذا وقعت الجريمة المقصودة اعتبر المتفق أو المحرض أو المعين شريكاً بالتسبب فيها وكان عليه عقوبتها طبقاً للقواعد التى بيناها فيما سبق .

وينبنى على ماسبق أن التحريض العام على الجرائم معاقب عليه فى الشريعة ، وأن الاتفاق الجنائى على الجرائم معاقب عليه سواء أدى التحريض أو الاتفاق إلى نتائجه المقصودة أو لم يؤد لهذه النتائج .

ومبدأ الشريعة فى العقاب على الاتفاق والتحريض والإعانة باعتبارها جرائم مستقلة يتفق تمام الاتفاق مع مبدأها فى عدم العقاب على النية ما لم يصحبها عمل أو قول ، فالمتفق أو المحرض على الجريمة ينوى إتيان الجريمة ويظهر نيته مصحوبة بقول هو الاتفاق أو التحريض ، والمعين على الجريمة يظهر نيته مصحوبة بعمل هو المساعدة ، فأصبح كل منهم أهلا للعقاب على ما وسوست له نفسه بعد أن أظهره فى عمله أو قوله .

وتتفق القوانين الوضعية مع الشريعة فى أحد المبدأين وتخالفها فى الآخر ، فتتفق القوانين مع الشريعة فى أن لا عقاب على النية مستقلة عن القول أو العمل ، ولكن القوانين لا تطبق المبدأ بدقة حيث له مستثنيات ، منها تشديد العقاب على الجرائم العمدية المصحوبة بسبق إصرار ، وتخفيفه فى الجرائم العمدية التى لم يصحبها سبق إصرار ، ومعنى هذه التفرقة أن القوانين تعاقب على النية مستقلة عن الفعل . أما الشريعة الإسلامية فتطبق المبدأ بدقة تامة ولا تجعل له مستثنيات . أما المبدأ الثانى فتخالف فيه القوانين الشريعة ، حيث تأخذ القوانين عامة بعدم العقاب على الاتفاق أو التحريض أو الإعانة ، إلا إذا وقعت الجريمة المقصودة ، سواء وقعت تامة أو لم تتم ، على أن القوانين الوضعية قد خرجت على هذا المبدأ فى كثير من الحالات ، وأصبحت اليوم تعاقب على الاتفاقات الجنائية باعتبارها جرائم مستقلة ، ولو لم تقع الجرائم المقصودة أو يشرع فيها ، ومن هذا القبيل ما نص عليه قانون العقوبات المصرى فى المادة ٤٧ منه ، وهذا الاتجاه الذى اتجهت إليه القوانين الوضعية ، هو أخذ بنظرية الشريعة التى تمتاز بأنها أدق منطقاً وأوفى بتحقيق حاجات الجماعة ، فمن وجهة المنطق إما أن يكون الاتفاق أو التحريض أو العون محرماً لذاته أو غير محرم ، فإن كان محرماً لذاته فقد وجب العقاب عليه سواء وقعت الجريمة المقصودة أو لم تقع ، وإن كان غير محرم لذاته فلا محل للعقاب عليه بعد وقوع الجريمة ؛ لأن العقاب عليه عقاب على عمل غير

محرم ؛ ولأن الجريمة وقعت ممن باشرها وهو مختار مميز فلا يسأل عنها غيره ؛ ولأن المتفق أو المحرض أو المعين لم يعمل شيئاً ما ، بعد الاتفاق والتحريض والإعانة ، وقد اعتبرناها غير محرمة لذاتها .

ومن وجهة تحقيق مصلحة الجماعة فإن نظرية الشريعة تساعد على حفظ النظام وكبح تيار الإجرام ، وليس أدل على ذلك من أن القوانين الوضعية أخذت بنظرية الشريعة أخيراً على الأقل فى الاتفاقات الجنائية .

الباب الثالث

الركن الأدبى

٢٧٣ - موضوع البحث : سنتكلم فى هذا الباب على موضوعين : أولهما المسئولية الجنائية . وثانيهما - ارتفاع المسئولية الجنائية . وسنخصص لكل موضوع فصلا خاصاً .

الفصل الأول

فى المسئولية الجنائية

٢٧٤ - موضوع البحث : سنتكلم فى هذا الفصل على أساس المسئولية الجنائية ، وعلى محل المسئولية الجنائية ، وعلى سبب المسئولية ودرجاتها ، ثم على قصد العصيان أو القصد الجنائى ، وعلى أثر الجهل والخطأ والنسيان على المسئولية وعلى أثر الرضاء على المسئولية ، وعلى الأفعال المتصلة بالجريمة وعلاقتها بالمسئولية وسنخصص لكل موضوع مبحثاً خاصاً .

المبحث الأول

فى أساس المسئولية الجنائية

٢٧٥ - عرض تاريخى للمسئولية الجنائية :

أولا : فى القوانين الوضعية : كانت القوانين الوضعية فى العصور الوسطى وإلى ما قبل الثورة الفرنسية تجعل الإنسان والحيوان بل الجماد محلا المسئولية

الجنائية ، وكان الجماد يعاقب كالحيوان على ما نسب إليه من أفعال ضارة ، كما يعاقب الإنسان على ما ينسب إليه من أفعال محرمة ، وكانت العقوبة تصيب الأموات كما تصيب الأحياء ، ولم يكن الموت من الأسباب التى تعفى الميت من المحاكمة والعقاب ، ولم يكن الإنسان مسئولا جنائيا عن أعماله فقط ، وإنما كان يسأل عن عمل غيره ولو لم يكن عالما بعمل هذا الغير ، ولو لم يكن له سلطان فعلى على هذا الغير فكانت العقوبة تتعدى المجرم إلى أهله وأصدقائه ، وتصيبهم كما تصيبه وهو وحده الجانى وهم البرءاء من جنايته .

وكان الإنسان يعتبر مسئولا جنائيا عن عمله ، سواء أكان رجلا أو طفلا مميزاً أو غير مميز ، وسواء كان مختاراً أو غير مختار ، مدركا أو فاقد الإدراك .

وكانت الأفعال المحرمة لا تعين قبل تحريمها ، ولا يعلم بها الناس قبل مؤاخذتهم عليها ، وكانت العقوبات التى توقع غير معينة فى الغالب ، يترك للقضاة اختيارها وتقديرها ، فكان الشخص يأتى الفعل لم يحرم من قبل ، فيعاقب عليه إذا رأى صاحب السلطان أن فعله يستحق العقاب ، ولو لم يكن عوقب أحد من قبل على هذا الفعل ، ولو لم يكن الفعل قد أعلن تحريمه من قبل ، وكانت العقوبات على الفعل الواحد تختلف اختلافا ظاهراً ؛ لأن اختيار نوعها وتقديركمها متروك للقاضى فله أن يعاقب بما شاء وكما يشاء دون قيد ولا شرط .

هذه هى بعض المبادىء البالية التى كانت القوانين الوضعية تقوم عليها ، وهى مبادىء ترجع فى أساسها إلى نظرية المسئولية المادية التى كانت تسيطر على القوانين الوضعية ، والتى تنظر إلى الصلة المادية البحتة بين الجانى والجناية ، وبين الجانى وغيره من أهله والمتصلين به ، ولا تحسب حساباً لملكات الجانى الذهنية ، وقدرته على التفكير والتميز والاختيار ، وتوجيه إرادته للفعل ومدى اتصال ذلك كله بالفعل المحرم وأثره عليه .

وقد ظلت هذه المبادىء سائدة فى القوانين الوضعية حتى جاءت الثورة الفرنسية

فزعزعت هذه الأوضاع الجائرة ، وأخذت تحل محلها من ذلك الحين مبادىء جديدة ، تقوم على أساس العدالة وعلى جعل الإدراك والاختيار أساساً للمسئولية فأصبح الإنسان الحى وحده هو محل المسئولية الجنائية ، وأصبحت العقوبة شخصية لاتصيب إلا من أجرم ولا تتعداه إلى غيره ، ورفعت المسئولية عن الأطفال الذين لم يميزوا ، ووضعت عقوبات بسيطة للأطفال المميزين ، وارتفعت المسئولية عن المكره وفاقد الإدراك ، وأصبح من المبادىء الأساسية فى القوانين أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون ، وأن لاعقوبة إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القوانين، وقيدت حرية القضاة فى اختيار العقوبة وتقديرها

ثانيا ـ فى الشريعة الإسلامية : ومن يعرف شيئاً قليلا عن الشريعة الإسلامية يستطيع أن يقول وهو آمن من الخطأ ، إن كل هذه المبادىء الحديثة التى لم تعرفها القوانين الوضعية إلا فى القرن التاسع عشر والقرن العشرين ، قد عرفتها الشريعة من يوم وجودها ، وإنها من المبادىء الأساسية التى تقوم عليها الشريعة .

فالشريعة لا تعرف محلا للمسئولية إلا الإنسان الحى المكلف ، فإذا مات سقطت عنه التكاليف ولم يعد محلا للمسئولية .

والشريعة تعفى الأطفال إلا إذا بلغوا الحلم مما لا يعفى منه الرجال لقوله تعالى : ﴿ وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم ﴾ [النور : ٥٩] ولقول الرسول عليه الصلاة والسلام : « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبى حتى يحتلم ، وعن النائم حتى يصحو ، وعن المجنون حتى يفيق » .

والشريعة لا تؤاخذ المكره ولا فاقد الإدراك لقوله تعالى : ﴿ إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ﴾ [النحل:١٠٦] وقوله تعالى : ﴿ فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه ﴾ [البقرة ١٧٣] ولقول الرسول عليه الصلاة والسلام : « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » .

ومن القواعد الأساسية فى الشريعة الإسلامية: ﴿ ألا تزر وازرة وزر أخرى

وأن ليس للإنسان إلا ماسعى ﴾ [النجم : ٣٨ ، ٣٩] فلا يسأل الإنسان إلا عن جنايته ، ولا يؤخذ بجناية غيره مهما كانت صلته به .

ومن القواعد الأساسية فى الشريعة الإسلامية أن كل ما لم يحرم فهو مرخص لا عقاب على إتيانه ، فإذا حرم فالعقوبة من وقت العلم بالتحريم ، أما ماقبل ذلك فيدخل فى قوله تعالى : ﴿ عفا الله عما سلف ﴾ .

وليس للقضاة فى الشريعة الإسلامية أى شىء من الحرية فى اختيار العقوبة أو تقديرها فى جرائم الحدود والقصاص ، أما فى التعازير فلهم حرية مقيدة ، لهم أن يختاروا العقوبة من بين عقوبات معينة ، ولهم أن يقدروا كمية العقوبة إن كانت ذات حدين بما يتناسب مع ظروف الجريمة والمجرم ، ولكن ليس لهم أن يعاقبوا بعقوبة لم يقررها أولو الأمر ، ولا أن يرتفعوا بالعقوبة أو ينزلوا بها عن الحدود التى وضعها أو يضعها أولو الأمر .

هذه هى المبادىء الحديثة التى ابتدأت القوانين الوضعية تعرفها فى القرن الماضى ، قد عرفتها الشريعة الإسلامية وطبقتها قبل القوانين الوضعية باثنى عشر قرنا ، ومن المؤلم حقاً أن يجهل أكثر رجال القانون فى البلاد الإسلامية هذه الحقائق الأولية ، وأن يخيل إليهم من جهلهم بأحكام الشريعة أن القوانين الوضعية هى أول ما استحدث هذه المبادىء التشريعية .

٢٧٦ – نظرية المسئولية الجنائية فى الشريعة والأسس التى تقوم عليها :

من المتفق عليه أن الأفعال المحرمة يؤمر بها أو ينهى عنها ، لأن فى إتيانها أو تركها ضرر بنظام الجماعة أو عقائدها أو بحياة أفرادها أو بأموالهم أو بأعراضهم أو بمشاعرهم أو بغير ذلك من الاعتبارات التى تمس مصالح الأفراد أو مصالح الجماعة ونظامها ، والأفعال التى تمس مصالح الأفراد تنتهى بمساس مصلحة الجماعة ونظامها ، فالأفعال التى تحرم إذن لم تحرم إلا لحفظ مصالح الجماعة ونظامها والعقوبات التى تفرض على

هذه الأفعال إنما تفرض لحماية مصالح الجماعة ونظامها [1] .

والأفعال التى تحرم لا تحرم لذاتها ؛ لأن من هذه الأفعال ماقد يستفيد منه الفاعل و يعود عليه بالنفع كالسرقة وخيانة الأمانة والرشوة . فإنها تعود على الجانى بالكسب وكالزنا فإنه يعود على الزانى باللذة و إطفاء الشهوة ، وكالقتل للانتقام فإنه يعود على القاتل بشفاء نفسه من الحقد والشعور بالذلة والعار ، فهناك فوائد محققة تعود على الجانى من ارتكاب الجريمة ، ولكن هذه الفوائد التى قد يصيبها الجانى من جريمته تؤدى إلى إفساد الجماعة والإضرار بها وانحلال نظامها ، ولتلافى هذه النتائج حرمت هذه الأفعال ؛ حماية للجماعة من الفساد وحفظا لنظامها من التفكك والانحلال .

والأفعال المحرمة بعضها يعتبر بطبيعته جريمة ؛ لأنه يتنافى مع الأخلاق الفاضلة كالسرقة والزنا ، وبعضها لا يعتبر بطبيعته جريمة ولم يحرمه الشارع ، لأنه يمس الشرف أو يؤذى الأخلاق ، و إنما حرمه ؛ لأن فى إباحته إضرار بالجماعة كتحريم حمل السلاح ، وتحريم الانتقال من محل موبوء بمرض معد إلى محل غير موبوء ، وتحريم الامتناع عن تلقى العلم ، فمثل هذه الأفعال تحرم لحفظ مصالح الجماعة ودفع الضرر عنها .

و إذا كانت الأفعال تحرم لمصلحة الجماعة ، فإن العقوبة تفرض باعتبارها وسيلة لحماية الجماعة مما يضر بصوالحها ونظامها ، ولما كانت العقوبة هى أمثل الوسائل لحماية الجماعة من الجريمة والإجرام ، فإن العقوبة بهذا تصبح ضرورة اجتماعية لا مفر منها ، ومثل العقوبة فى هذا كل وسيلة أخرى تقوم مقام العقوبة فى حماية الجماعة من الإجرام والمجرمين .

وإذا كانت العقوبة ضرورة اجتماعية ، فإن كل ضرورة تقدر بقدرها ، فلا يصح أن تكون العقوبة أكثر مما ينبغى لحماية الجماعة ودفع ضرر الإجرام عنها ، كما لا يصح أن تكون أقل مما يجب لحماية الجماعة من الإجرام .

---

(١) راجع الفقرة ٤٣ .

وتعتبر العقوبة محققة لمصلحة الجماعة كلما بعدت عن الإفراط والتفريط ، وهى تعتبر كذلك كلما توفرت فيها العناصر الآتية : —

١ — أن تكون العقوبة بحيث تكفى لتأديب الجانى وكفه عن معاودة الجريمة ، وأن تكون بحيث يستطيع القاضى أن يختار نوع العقوبة الملائمة لشخصية الجانى وأن يقدر كمية العقوبة التى يراها كافية لتأديبه وكف أذاه ، وهذا يقتضى تنوع العقوبات ، وتعددها للجريمة الواحدة ، وجعل العقوبات ذات حدين ليستطيع القاضى أن يختار العقوبة الملائمة ويقدر كميتها من بين حدى العقوبة الأدنى والأعلى (١) .

٢ — أن تكون العقوبة كافية لزجر الغير عن ارتكاب الجريمة بحيث إذا فكر فى الجريمة وعقوبتها وجد أن ما يعود عليه من ضرر العقوبة قد يزيد على ما يعود عليه من نفع الجريمة . وهذا يقتضى أن تكون أنواع العقوبات وحدودها العليا بحيث تنفر من الجريمة .

٣ — أن يكون هناك تناسب بين الجريمة والعقوبة ، بحيث تكون العقوبة على قدر الجريمة ، فلا يصح أن يكون عقاب قطع الطريق كعقوبة السرقة العادية ولا يصح أن تكون عقوبة القتل العمد متساوية مع عقوبة القتل الخطأ . ولقد عاقبت الشريعة مثلا على السرقة بقطع اليد ، ولكنها لم تعاقب على القذف بقطع اللسان ، ولم تعاقب على إتلاف الزنا بالخصاء ، وعاقبت على القتل العمد بالقصاص ولكنها لم تعاقب على إتلاف الأموال بالقصاص .

٤ — أن تكون العقوبة عامة بحيث تطبق العقوبة المقررة للجريمة على من ارتكبها ، فلا يعفى منها أحد لمركزه أو شخصه أو لغير ذلك من الاعتبارات .

والعقوبة التى تتوفر فيها العناصر السابقة هى العقوبة العادية ، ولا يصح أن تقع إلا على من ارتكب الجريمة وهو مدرك مختار ، فإذا لم يكن الجانى مدركا

---

(١) تسير الشريعة على هذه القاعدة فى كل الجرائم إلا جرائم الحدود والقصاص وقد بينا علة ذلك فى الفقرات من ٤٤٠ إلى ٤٤٢ .

أو مختارا فلا عقاب كقاعدة عامة ، فالمجنون لا يقتص منه إذا قتل غيره ، ولا يجلد إذا زنا وهو غير محصن ، وكذلك الصغير الذى لم يميز ، ولكن امتناع العقوبات العادية لعدم الإدراك أو الاختيار لا يمنع الجماعة من حماية نفسها بالوسائل التى تراها كافية أو ملائمة . فالصغير غير المميز إذا لم يمكن الاقتصاص منه إذا قتل فإنه يمكن أن يوضع فى ملجأ ، أو يرسل به لإحدى الإصلاحيات والمجنون إذا لم يمكن عقابه ، فإن من الممكن حماية الجماعة من شره بوضعه فى مستشفى ، وهكذا إذا امتنع عقاب الجانى بالعقوبات العادية ، وكان من الضرورى اتقاء شره وحماية الجماعة منه ، فإن للجماعة أن تتخذ من الوسائل ما تحمى به نفسها من شر الجانى ولو أنه غير مسئول ولا يمكن عقابه ، كأن تضعه فى ملجأ أو مستشفى أو مدرسة إلى أمد محدود أو غير محدود بحيث لا يخرج منه إلا إذا أمن شره أو صلح حاله ، وهذه الوسائل على اختلاف أنواعها وآثارها تعتبرها الشريعة تعازير فهى عقوبات ولكنها غير عادية أو هى عقوبات خاصة . والمقصود منها أساسا هو حماية الجماعة على أنه قد يقصد منها أيضاً التأديب و إصلاح الجانى كما فى حالة الصغار .

و يعلل الفقهاء اشتراط الإدراك والاختيار لاستحقاق العقاب العادى بأن الله جل ثناؤه وتقدست أسماؤه خلق العباد وخلق الموت والحياة ، وجعل ما على الأرض زينة لها ليبلو عباده ويختبرهم أيهم أحسن عملا ، وأنه هيأ لهم أسباب الابتلاء فى أنفسهم وفى خارج أنفسهم ، فأما فى أنفسهم فقد خلق لهم العقول ، والأسماع ، والأبصار ، والإرادات ، والشهوات ، والقوى ، والطبائع ، والحب ، والبغض ، والميل ، والنفور ، والأخلاق المتضادة المقتضية لآثارها اقتضاء السبب لمسببه ، وأما فى خارج أنفسهم فقد خلق لهم المنافع والمعانى التى تحرص النفوس عليها وتتنافس فى الوصول إليها ، كما خلق لهم من المعانى والأسباب ما تكرهه النفوس وتعمل على دفعه عنها ، ولم يترك الله جل شأنه الناس ودواعى أنفسهم وطبائعهم ، بل ركب فى فطرهم وعقولهم معرفة الخير والشر والنافع والضار والألم واللذة ومعرفة أسبابها ، ولم يكتف

بمجرد ذلك حتى عرفهم به مفصلا على ألسنة رسله ، وقطع معاذير الناس بأن أقام على صدق رسله من الأدلة والبراهين مالا يبقى معه لهم عليه حجة ؛ ليهلك من هلك عن بينة ، ويحيى من حى عن بينة ، وصرف لهم طرق الوعد والوعيد والترغيب والترهيب وضرب لهم الأمثال وأزال عنهم كل إشكال ، ومكنهم من القيام بما أمرهم به وترك مانهاهم عنه غاية التمكين وأعانهم عليه بكل سبب ، وسلطهم على قهر طباعهم، وأرشدهم إلى التفكر والتدبر وإيثار ماتقضى به عقولهم، وأكمل لهم دينهم وأتم عليهم نعمته بما أوصله إليهم على ألسنة رسله من أسباب العقوبة والمثوبة والبشارة والنذارة والرغبة والرهبة ، وحقق لهم ذلك فجعل بعضه فى دار الدنيا ليكون علماً وأمارة لتحقق ما أخره عنهم فى دار الجزاء والمثوبة ويكون العاجل مذكراً بالآجل . وكان من بعض حكمته أن حرم على الناس ما يضر بعقولهم وأبدانهم وأموالهم وما يضر بأفرادهم وجماعتهم ونظامهم ، وشرع لهم من العقوبات عليه ما يقطع أطماعهم ويرد عدوانهم ويمنع تظالمهم ، فإن سمعوا وأطاعوا لم يضرهم ذلك شيئاً ، وإن عصوا فقد حقت عليهم العقوبة بعصيانهم وعدوانهم ، ولا عذر لهم بعد أن علموا بما حرم عليهم وما ينتظرهم من عقاب ، وبعد أن أتوا ما أتوا وهم مختارين مدركين[1] .

أما من لم يكن مدركا أو مختاراً فلا عقاب عليه ؛ لأن المكلف بإتيان فعل أو تركه يجب أن يفهم الخطاب الموجه إليه أى الأمر والنهى ، وهو لا يستطيع أن يفهم ذلك إلا إذا كان عاقلا ، كما أنه لا يمكن القول بأن المكلف عصا أمر الشارع إذا كان قد أكره على الفعل المحرم[2] . وسنعرض على القارىء فيما يلى أنموذجاً مما يقوله الفقهاء فى تعليل عدم العقاب فى هاتين الحالتين ، وهذا

---

(١) أعلام الموقعين جـ٢ ص ٢١٤ ، ٢١٦ .

(٢) المستصفى للغزالى جـ ١ ص ٨٣ ، ٨٤ ، ٩٠ — فواتح الرحموت جـ ١ ص ١٤٣ وما بعدها و ص ١٦٦ — أصول الفقه للخضرى ص ١٠٩ ومابعدها .

القول لأبى الحسن الآمدى صاحب كتاب الإحكام فى أصول الأحكام قال:[1]

« اتفق العقلاء على أن شرط المكلف[2] أن يكون عاقلا فاهما للتكليف ، لأن التكليف خطاب ، وخطاب من لا عقل له ولا فهم محال ، كالجماد والبهيمة » .

« ومن وجد له أصل الفهم لأصل الخطاب دون تفاصيله من كونه أمراً أو نهياً ، ومقتضياً للثواب والعقاب ، ومن كون الآمر به هو الله تعالى ، وأنه واجب الطاعة ، وكون المأمور به على صفة كذا وكذا ، كالمجنون والصبى الذى لا يميز فهو بالنظر إلى فهم التفاصيل كالجماد والبهيمة ، بالنظر إلى فهم أصل الخطاب ، ويتعذر تكليفه أيضاً إلا على رأى من يجيز التكليف بما لا يطاق ؛ لأن المقصود من التكليف كما يتوقف على فهم أصل الخطاب فهو متوقف على فهم تفاصيله » .

« وأما الصبى المميز وإن كان يفهم مالا يفهمه غير المميز ، غير أنه أيضاً غير فاهم على الكمال مايعرفه كامل العقل من وجود الله تعالى ، وكونه متكلما مخاطباً مكلفاً بالعبادة ومن وجود الرسول الصادق والمبلغ عن الله تعالى ، وغير ذلك مما يتوقف عليه مقصود التكليف ، فنسبته إلى غير المميز كنسبة غير المميز إلى البهيمة فيما يتعلق بفوات شرط التكليف » .

وإن كان مقارباً لحالة البلوغ بحيث لم يبق بينه وبين البلوغ سوى لحظة واحدة ، فإنه وإن كان فهمه كفهمه الموجب لتكليفه بعد لحظة ، غير أنه لما كان العقل والفهم فيه خفياً ، وظهوره فيه على التدريج ، ولم يكن له ضابط يعرف به ، جعل له الشارع ضابطاً وهو البلوغ وحط عنه التكليف قبله تخفيفاً عليه، ودليله قوله عليه السلام: « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبى حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق »

«وعلى هذا فالغافل عما كلف به والسكران المتخبط لا يكون خطابه وتكليفه فى حالة غفلته وسكره أيضاً ، إذ هو فى تلك الحالة أسوأ حالا من الصبى المميز

---

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى جـ ١ ص ٢١٥ وما بعدها .

(٢) المكلف هو الشخص الذى يوجه إليه الأمر والنهى .

فيما يرجع إلى فهم خطاب الشارع وحصول مقصوده منه ، وما يجب عليه من الغرامات والضمانات بفعله » .

« واختلفوا فى الملجأ إلى الفعل بالإكراه بحيث لا يسعه تركه فى جواز تكليفه بذلك الفعل إيجاداً وعدما ، والحق أنه إذا خرج بالإكراه إلى حد الاضطرار ، وصار نسبة ما يصدر عنه من الفعل إليه نسبة حركة المرتعش إليه ، كان تكليفه به إيجاداً وعدماً غير جائز إلا على القول بتكليف مالا يطاق وإن كان ذلك جائزاً عقلا لكنه ممتنع الوقوع سمعاً لقوله عليه السلام : « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » والمراد منه رفع المؤاخذة .. وأما إن لم ينته إلى حد اضطرار فهو مختار وتكليفه جائز عقلا وشرعاً » .

هذه هى نظرية المسئولية فى الشريعة الإسلامية ، وظاهر مما سبق أنها تقوم على أساسين :

أولهما : ــ إن العقوبة فرضت لحماية الجماعة وحفظ نظامها وتحقيق الأمن لها ، فهى ضرورة اجتماعية استلزمها وجود الجماعة ، وكل ضرورة تقدر بقدرها . فإذا اقتضت مصلحة الجماعة أن تكون العقوبة قاسية غلظت العقوبة ، وإذا اقتضت مصلحة الجماعة أن تخفف العقوبة خففت العقوبة ، وإذا اقتضت مصلحة الجماعة استئصال المجرم استؤصل منها : إما بقتله وإما بحبسه حتى يموت أو ينصلح حاله .

ثانيهما : ــ إن العقوبة العادية لا يستحقها إلا من كان مدركا مختاراً من المكلفين ، فإذا لم يكن المكلف مدركا أو مختاراً فلا مسئولية عليه وبالتالى لا عقاب ولكن هذا لا يمنع الجماعة من أن تحمى نفسها من الشخص غير المسئول بالوسيلة الملائمة لحاله وحال الجماعة ، ولو كانت هذه الوسيلة عقوبة مادامت تلائم حال المعاقب .

٢٧٧ ــ نظرية المسئولية الجنائية فى القوانين الوضعية : وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد عرفت النظرية التى بسطناها من ثلاثة عشر قرناً ولم تعرف غيرها

فإن القوانين الوضعية قد عرفت أكثر من نظرية واحدة ، فقبل الثورة الفرنسية كانت المسئولية الجنائية قائمة على أساس النظرية المادية ، ومقتضاها العقاب على أى فعل أيا كان مرتكبه ، و بغض النظر عن صفته وحالته، وقد أدت هذه النظرية إلى عقاب الإنسان والحيوان والجماد ، وأدت إلى عقاب الأحياء والأموات والأطفال والمجانين .

و بعد الثورة الفرنسية قامت المسئولية الجنائية على أساس من فلسفة الاختيار و يسمى هذا المذهب بالمذهب التقليدى وخلاصته أنه لا يصح أن يسأل جنائيا إلا من يتمتع بالإدراك والاختيار ، وأن الإنسان وحده هو الذى تتوفر فيه هاتان الصفتان ، وأن الإنسان بعد سن معينة يستطيع أن يميز بين الخير والشر و يختار بينهما ، ومثل هذا الشخص هو الذى توجه إليه أوامر الشارع ونواهيه ، فإذا خالف الشارع مع قدرته على الإدراك والاختيار ، كان من العدل أن يعاقب جزاء على مخالفة أمر الشارع . فأساس المسئولية هو الإدراك والاختيار ، والعقوبة مفروضة ضمانا لتنفيذ أمر الشارع ، وجزاء عادلا على مخالفته .

و بعد أن ساد المذهب التقليدى زمنا ظهر المذهب الوضعى ، وهو قائم على فلسفة الجبر ، وخلاصته أن المجرم لا يأتى الجريمة مختارا ، و إنما يأتيها مدفوعا إليها بعوامل لا قبل له بها ترجع إلى الوراثة والبيئة والتعليم والتركيب الجثمانى ، و إذا كان الجانى لا خيار له فى ارتكاب الجريمة فقد امتنع عقابه طبقا للمذهب التقليدى ، ولكن يمكن عقابه إذا اعتبرت العقوبة وسيلة من وسائل الدفاع عن الجماعة وحمايتها ، وعلى أساس هذا المذهب يعاقب الإنسان سواء كان مختارا أو غير مختار ، مدركا أو غير مدرك ، عاقلا أو مجنونا ، و إنما تختلف العقوبة التى تصيب كل جان باختلاف سنه وعقليته ، وقد أخذت بعض القوانين بهذا المذهب ومنها القانون السوفيتى الصادر فى سنة ١٩٢٦ ، ولكن أكثر الدول لم تأخذ به .

ثم ظهر بعد ذلك مذهب آخر قصد منه التوفيق بين المذهبين السابقين ، ويسمى مذهب الاختيار النسبي ، ويرى أصحابه الإبقاء على المذهب التقليدي ، لأن الإنسان مهما كان اختياره محدوداً فإن لإرادته دخل فى الجريمة ، ولـكن المذهب الجديد يضيف إلى المذهب القديم فـكرة أخرى ، وهى أن للمشرع أن يحمى الجماعة من إجرام الأشخاص الذين يمتنع عقابهم لانعدام إدراكهم أو اختيارهم ، بأن يتخذ معهم إجراءات خاصة مناسبة لحالتهم . وهذا المذهب هو الذى يسود القوانين الوضعية اليوم(١) .

ويلاحظ أن المذهب القانونى الأخير يؤدى إلى نفس النتائج التى يؤدى إليها مذهب الشريعة الإسلامية ، ولا يفترق عنه إلا فى أن نظرية الشريعة أدق منطقا وأفضل صياغة ، فهى تجعل العقوبة ضرورة اجتماعية ووسيلة لحماية الجماعة ، وتفرق فى تطبيق وسائل حماية الجماعة بين الشخص المختار المدرك وبين فاقد الإدراك أو الاختيار . أما المذهب القانونى فأساس العقوبة فيه مخالفة أمر الشارع وتحقيق العدالة ، وهذا الأساس مأخوذ عن المذهب التقليدى ، وهو أساس يتعارض منطقيا مع معاقبة غير المسئول ، أو اتخاذ أى إجراء ضده ، إذ لا يمكن أن يقال إن فاقد الإدراك والاختيار خالف أمر الشارع ، وإذا لم يكن قد خالف أمر الشارع فليس من العدالة فى شىء أن يؤاخذ بأى وجه من وجوه المؤاخذة . والشريعة الإسلامية وإن كانت تجعل أساس المسئولية الجنائية الإدراك والاختيار ، والمدرك المختار مسئولا كلما خالف أمر الشارع ، وتعتبر فاقد الإدراك أو الاختيار غير مسئول ، إلا أنها تجعل العقاب ضرورة اجتماعية ووسيلة لحماية المجتمع ، وهذا يجعل من حق الشارع عقاب المسئول جنائيا بالعقوبة التى تحمى الجماعة منه ، كما يجعل من حق الشارع أن يتخذ ضد غير المسئول الوسائل الملائمة لحماية الجماعة من شره وإجرامه إذا دعت الضرورة لذلك .

---

(١) القانون الجنائى لعلى بدوى ص ٣٣٠ ، ٣٣٥ .

ويجب أن لا ننسى بعد هذا أن نظرية الشريعة الإسلامية عرفت من القرن السابع الميلادى ، وأن أحدث المذاهب الوضعية لم يعرف إلا فى القرن العشرين وأن ما يقال من أن القوانين تقوم على أسس حديثة لا تعرفها الشريعة هو قول أقل ما يقال فيه أنه يخالف الواقع .

٢٧٨ - معنى المسئولية الجنائية فى الشريعة : - معنى المسئولية الجنائية فى الشريعة أن يتحمل الإنسان نتائج الأفعال المحرمة التى يأتيها مختارا وهو مدرك لمعانيها ونتائجها ، فمن أتى فعلا محرما وهو لا يريده كالمكره أو المغمى عليه لا يسأل جنائياً عن فعله ، ومن أتى فعلا محرما وهو يريده ولكنه لا يدرك معناه كالطفل أو المجنون لا يسأل أيضاً عن فعله .

فالمسئولية الجنائية فى الشريعة تقوم على ثلاثة أسس : أولها : أن يأتى الإنسان فعلا محرما . ثانيها : أن يكون الفاعل مختاراً . ثالثها : أن يكون الفاعل مدركا[1] فإذا وجدت هذه الأسس الثلاثة وجدت المسئولية الجنائية ، وإذا انعدم أحدها انعدمت .

٢٧٩ - معنى المسئولية الجنائية فى القوانين الوضعية : - معنى المسئولية الجنائية فى القوانين الوضعية الحديثة هو نفس معنى المسئولية الجنائية فى الشريعة الإسلامية ، وأسس المسئولية فى القوانين هى نفس الأسس التى تقوم عليها المسئولية فى الشريعة ، ولا يخالف الشريعة إلا القوانين التى تقيم نظرية المسئولية على فلسفة الجبر وعدد هذه القوانين محدود .

والقوانين الوضعية عامة لم تكن كذلك قبل الثورة الفرنسية ، فقد كان للمسئولية الجنائية فى ذلك الوقت معنى آخر ، وهو أن يتحمل الفاعل أيا كان نتيجة فعله سواء كان إنسانا أو غير إنسان ، مختارا أو غير مختار ، مميزا أو غير مميز ،

---

(١) اخترنا التعبير بالإدراك على التعبير بالتمييز لأن الفقهاء يجعلون التمييز أدنى درجة من الإدراك .

فكأن أغلب القوانين الوضعية تسير الآن فى نفس الطريق الذى سلكته الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشر قرناً .

المبحث الثانى

فى محل المسئولية الجنائية

٢٨٠ — **الإنسان محل المسئولية** : ولما كانت الشريعة الإسلامية تشترط أن يكون الفاعل مدركاً مختاراً ، فقد كان طبيعياً أن يكون الإنسان فقط هو محل المسئولية الجنائية ، لأنه وحده هو المدرك المختار . أما الحيوان أو الجماد فلا يمكن أن يكون محلا للمسئولية الجنائية لانعدام الإدراك والاختيار .

ومحل المسئولية هو الإنسان الحى ، فلا يمكن أن يكون الميت محلا للمسئولية الجنائية حيث ينعدم بالموت إدراكه واختياره ، ولأن القاعدة فى الشريعة أن الموت يسقط التكاليف .

وإذا كان اشتراط الإدراك والاختيار يجعل الإنسان وحده محل المسئولية الجنائية ، فإن توفر هذين الشرطين يستوجب فوق ذلك أن يكون الإنسان المسئول عاقلا بالغاً مختاراً . فإن لم يكن كذلك فلا مسئولية عليه ؛ لأن غير العاقل لا يكون مدركا ولا مختاراً ، ومن لم يبلغ سناً معينة لا يمكن أن يقال إنه تام الإدراك والاختيار ، وعلى هذا فلا مسئولية على طفل ولا مجنون أو معتوه أو فاقد الإدراك بأى سبب آخر ، ولا مسئولية على مكره أو مضطر .

الشخصيات المعنوية : وقد عرفت الشريعة الإسلامية من يوم وجودها الشخصيات المعنوية فاعتبر الفقهاء بيت المال جهة ، والوقف جهة أى : شخصاً معنوياً وكذلك اعتبرت المدارس والملاجىء ، والمستشفيات وغيرها ، وجعلت هذه الجهات أو الشخصيات المعنوية أهلا لتملك الحقوق والتصرف فيها ، ولكنها لم تجعلها أهلا للمسئولية الجنائية ؛ لأن المسئولية تبنى على الإدراك والاختيار

وكلاهما منعدم دون شك فى هذه الشخصيات ، لكن إذا وقع الفعل المحرم ممن يتولى مصالح هذه الجهات ، أو الأشخاص المعنوية كما نسميها الآن ، فإنه هو الذى يعاقب على جنايته ولو أنه كان يعمل لصالح الشخص المعنوى .

ويمكن عقاب الشخص المعنوى كلما كانت العقوبة واقعة على من يشرفون على شئونه أو الأشخاص الحقيقيين الذين يمثلهم الشخص المعنوى كعقوبة الحل والهدم والإزالة والمصادرة ، كذلك يمكن شرعاً أن يفرض على هذه الشخصيات مايحد من نشاطها الضار حماية للجماعة ونظامها وأمنها .

وإذا كان هذا هو حكم الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشر قرناً أى: من يوم وجودها ، فإن القوانين الوضعية كانت إلى عهد غير بعيد تجعل الإنسان والحيوان والجماد محلا للمسئولية الجنائية ، ولم تكن تفرق بين الإنسان الحى والميت ولا بين المميز وغير المميز ولا بين المختار والمكره ؛ لأنها كانت تنظر إلى الجريمة بغض النظر عن فاعلها ، ومن ثم كان العاقل البالغ والصبى غير المميز والمجنون والمعتوه يعاقبون على جرائمهم دون نظر إلى حالاتهم وعقلياتهم ، بل كان الحيوان وكذلك الجماد يعاقب على ما يمكن أن ينسب إليه من أفعال جنائية . أما اليوم بعد أن تغيرت الأسس التى كانت تقوم عليها القوانين الوضعية فإن هذه القوانين لا تعرف محلا للمسئولية الجنائية غير الإنسان الحى ، كما أنها تفرق فى حكمها بين المدرك المختار وبين فاقد الإدراك والاختيار ، وبهذا أصبحت فى هذه النقطة مطابقة للشريعة الإسلامية .

٢٨١ - شخصية المسئولية الجنائية : من القواعد الأولية فى الشريعة الإسلامية أن المسئولية الجنائية شخصية ، فلا يسأل عن الجرم إلا فاعله ولا يؤخذ امرؤ بجريرة غيره مهما كانت درجة القرابة أو الصداقة بينهما . وقد قرر القرآن الكريم هذا المبدأ العادل فى كثير من آياته من ذلك قوله تعالى: ﴿ ولا تكسب كل نفس إلا عليها ﴾ [الأنعام : ١٦٤] . ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾[فاطر:

١٨] ، ﴿ وأن ليس للإنسان إلا ماسعى ﴾ . [النجم : ٣٩] ، ﴿ من عمل صالحاً فلنفسه ومن أساء فعليها ﴾ [فصلت : ٤٦] ، ﴿ من يعمل سوءاً يجز به ﴾ [النساء : ١٢٣] . وجاءت أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم تؤكد هذا المبدأ حيث يقول : « لا يؤخذ الرجل بجريرة أبيه ولا بجريرة أخيه » وحيث يقول لأبى رمثة وابنه : « إنه لا يجنى عليك ولا تجنى عليه » .

ومبدأ شخصية المسئولية الجنائية يطبق تطبيقاً دقيقاً فى الشريعة الإسلامية من يوم وجودها ، وليس لهذا المبدأ العام إلا استثناء واحد ، وهو تحميل العاقلة الدية مع الجانى فى شبه العمد والخطأ ، وأساس هذا الاستثناء الوحيد هو تحقيق العدالة المطلقة ، أى نفس الأساس الذى قام عليه مبدأ شخصية العقوبة ؛ لأن تطبيق هذا المبدأ على دية شبه العمد والخطأ لايمكن أن يحقق العدالة المطلقة بل إنه يؤدى إلى ظلم فاحش[1] .

ومن الفقهاء من لايعتبر تحميل العاقلة الدية استثناء من مبدأ شخصية العقوبة حيث يرى أنه ليس فى إيجاب الدية على العاقلة أخذهم بذنب الجانى ، إنما الدية على القاتل . وأمر هؤلاء بالدخول معه فى تحملها على وجه المواساة له من غير أن يلزمهم ذنب جنايته ، وقد أوجب الله فى أموال الأغنياء حقوقاً للفقراء من غير إلزامهم ذنباً لم يذنبوه ، بل على وجه المواساة ، وأمر بصلة الأرحام بكل وجه أمكن ذلك ، وأمر ببرالوالدين ، وهذه كلها أمور مندوب إليها للمواساة و إصلاح ذات البين ، فكذلك أمرت العاقلة بتحمل الدية عن قاتل الخطأ على جهة المواساة من غير إجحاف بهم وبه ، و إنما يلزم كل رجل منهم ثلاثة دراهم أو أربعة مؤجلة ثلاث سنين . فهذا مما ندبوا إليه من مكارم الأخلاق ، وقد كان تحمل الديات مشهوراً فى العرب قبل الإسلام ، وكان ذلك مما يعد من جميل أفعالهم ومكارم أخلاقهم وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم : « بعثت لأتمم مكارم

(١) راجع الفقرة ٤٧٢ .

الأخلاق » فهذا فعل مستحسن فى العقول مقبول فى الأخلاق والعادات[1] » .

وتأخذ اليوم القوانين الوضعية الحديثة بمبدأ شخصية المسئولية الجنائية ، فلا يؤخذ بالجرائم غير جناتها ولا تنفذ العقوبة إلا على من أجرم دون غيره ، ولكن القوانين الوضعية لم تطبق هذا المبدأ بدقة تامة حتى الآن، والمتتبع لنصوصها يجد خروجاً على هذا المبدأ فى كثير من الحالات ، فالقانون المصرى مثلا يعتبر من اشترك فى تجمهر وهو عالم بالغرض منه مسئولا عن أية جريمة تقع من أحد المتجمهرين بقصد تنفيذ الغرض المقصود من التجمهر ، كذلك يعتبر مدبرى التجمهر مسئولين جنائياً عن أية جريمة يرتكبها أحد المتجمهرين ، مع أن التطبيق الدقيق للمبدأ يستوجب عدم مسئوليتهم إلا إذا كانوا قد اتفقوا على ارتكاب هذه الجريمة أو حرضوا عليها .

ونجد مثل هذا فيما يقرره القانون المصرى من مسئولية رئيس تحرير الجريدة عما يكتب فى الجريدة ولو كان غائباً ، وفى تحميل أصحاب بيوت العاهرات مسئولية المخالفات التى تقع ضد المواد ١٣ ، ١٤ ، ١٥ ، ١٦ ، ١٩ من لائحة العاهرات ، وفى تحميل أصحاب المحلات العمومية مسئولية بعض الجرائم التى يرتكبها الغير فى هذه المحلات ، وفى اعتبار الأب أو ولى الأمر مسئولا عن جريمة الصغير الذى حكم بتسليمه إليه إذا ارتكب الصغير جريمة ثانية فى خلال سنة من تاريخ الأمر بتسليمه كما هو نص المادة ٦٩ من قانون العقوبات المصرى .

وإذا كان الشراح يعللون هذه الحالات بأن العقوبة تقع على خطأ من المعاقب لا على فعل غيره فإنه من الواضح الذى لا جدال فيه أن خطأ المعاقب يفترض قانوناً ، وأنه يعتبر قائماً بناء على فعل يقع من الغير لم يشترك فيه المعاقب بأى وسيلة من وسائل الاشتراك .

ولم تكن القوانين الوضعية تطبق مبدأ شخصية المسئولية قبل الثورة

---

(١) أحكام القرآن لأبى بكر الرازى الجصاص جـ ٢ ص ٢٢٤ .

الفرنسية كما تطبقه اليوم ، و إنما كانت تعتبر المرء مسئولا عن عمله وعن عمل غيره ولولم يكن عالماً بعمل هذا الغير ولو لم يكن له سلطان عليه ، وكانت العقوبة تتعدى المجرم إلى أهله وأصدقائه ، وتصيبهم كما تصيبه وهو وحده الجانى وهم البرءاء من جنايته .

و إذا كانت القوانين الوضعية الحديثة قد أخذت أخيراً بمبدأ شخصية المسئولية الذى جاءت به الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشر قرناً ، فإن الظاهر مما سبق أن القوانين الوضعية لم تصل فى تطبيق هذا المبدأ إلى الحد الذى وصلت إليه الشريعة وأن دائرة تطبيقه فى القانون أضيق من دائرة تطبيقه فى الشريعة .

٢٨٢ — **المجنى عليه** : المجنى عليه هو من وقعت الجناية [١] على نفسه ، أو على ماله ، أو على حق من حقوقه . ولا تستلزم الشريعة أن يكون المجنى عليه مختاراً مدركا كما استلزمت هذين الشرطين فى الجانى ؛ لأن الجانى مسئول عن الجنائية مأخوذ بها ؛ ولأن المسئولية مترتبة على عصيان أمر الشارع [٢] ، وأوامر الشارع لا يخاطب بها إلا مدرك مختار ، أما المجنى عليه فغير مسئول وإنما هو معتدى عليه ، اكتسب بالاعتداء حقاً قبل المعتدى وهو الجانى ، وصاحب الحق

---

(١) معنى الجناية فى الشريعة هو الجريمة أيا كانت بغض النظر عما إذا كانت العقوبة المقررة عليها جسيمة أو بسيطة .

(٢) الأوامر التى يعاقب على عصيانها إما أن يأمر بها الله أو الرسول أو أولى الأمر كالخليفة أو السلطان أو الحاكم ، فإذا كان الآمر هو الله فقد وجب الأمر بإيجابه وتعين نفاذه ، أما إذا كان الآمر الرسول أو ولى الأمر فإن الأمر لا يجب بإيجاب الرسول أو ولى الأمر ، وإنما يجب الأمر؛ لأن الله أوجب علينا طاعة الرسول وأولى الأمر فى قوله: « ياأيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم » فأمر الرسول وولى الأمر يجب بإيجاب الله ، ومن ثم يكون كل أمر صادر من ولى الأمر مخالفا لأمر الله أو أمر الرسول باطل ولا تجب طاعته . راجع المستصفى للغزالى الجزء الأول ص ٨٣ ، وشرح مسلم الثبوت لعبدالعلى الأنصارى ص ٢٥ وما بعدها .

لا يشترط فيه الإدراك ولا الاختيار ، وإنما يشترط فيه فقط أن يكون أهلا لاكتساب الحقوق .

والحقوق التى تنشأ عن الجرائم على نوعين[١] حقوق لله تعالى[٢] وحقوق للآدميين . فأما النوع الأول فينشأ عن الجرائم التى تمس مصالح الجماعة ونظامها وأما النوع الثانى فينشأ عن الجرائم التى تمس الأفراد وحقوقهم ، وعلى هذا يصح أن يكون المجنى عليه إنساناً مميزاً أو غير مميز عاقلا أو مجنوناً ، ويصح أن يكون المجنى عليه طائفة من الناس كما لو بغت طائفة على أخرى ، ويصح أن يكون المجنى عليه الجماعة كلها كما لو كانت الجريمة زنا أو ردة .

كما يصح أن يكون المجنى عليه شخصاً طبيعياً يصح أن يكون شخصاً معنوياً كأن يسرق الجانى مالا لشركة أو لوقف أو للدولة .

وإذا كان محل الجريمة حيواناً أو مالا فى صورة الجماد أو عقيدة من العقائد فالمجنى عليه هو مالك الحيوان أو المال أو الهيئة التى تعتنق العقيدة .

وظاهر مما سبق أن المجنى عليه فى كل الصور والأحوال هو الإنسان ، إما باعتباره فرداً وإما باعتباره منتمياً لهيئة .

وتعتبر الشريعة الإنسان مجنياً عليه ولو لم ينفصل عن أمه ، فمن أحدث جائفة[٣] بامرأة حامل فأجهضت فقد جنى على شخصين هما الأم والجنين حيث أجاف الأم وأسقط الجنين ، ووجبت عليه عقوبتان هما أرش[٤] الجائفة ودية

---

(١) راجع الفقرة ٧٤ .
(٢) راجع الفقرة ١٧٥ .
(٣) الجائفة هى الجرح النافذ للتجويف الصدرى أو البطنى .
(٤) الأرش هو بعض الدية .

الجنين[١]، وإذا شربت الأم دواء فأجهضت فعليها دية الجنين[٢] .

ويعرف البعض الجنين فى هذا المقام بأنه ما طرحته المرأة من مضغة أو علقة مما يعلم أنه ولد ، ويرى البعض أن الجنين هو ما استبانت خلقته ، ويرى البعض الثالث أن الجنين هو ما وجدت الحياة فيه[٣].

والقاعدة فى الشريعة أن الإنسان تنتهى شخصيته بموته فإذا مات أصبح لاوجود له ، وانتقلت أمواله وحقوقه إلى دائنيه وورثته وإذا كانت نفس الإنسان وماله وحقوقه هى محل الجريمة فلا يتصور أن يكون الإنسان بعد الموت محلا للجريمة إلا فى حالتين : —

١ — الاعتداء على رفات الأموات : — لا يعتبر الاعتداء على جدث الميت أو رفاته جريمة واقعة على الميت باعتباره إنساناً ، ولا يعتبر الميت هو المجنى عليه إنما يحرم الاعتداء على رفات الأموات باعتبارها شيئاً محترماً لدى الجماعة وله حرمته فى نفوسهم ، فالمجنى عليه فى الجريمة هو الجماعة والشريعة تعاقب مرتكبها باعتباره معتدياً على حرمة الأموات أو حرمة المقابر .

٢ — قذف الأموات : — من القواعد الأولية فى الشريعة أن الدعوى لا تقام على القاذف إلا إذا تقدم المقذوف بالشكوى ؛ لأن الجريمة تمس المجنى عليه مساساً شديداً وتتصل بعرضه وسمعته ، ولأن للجانى الحق فى أن يثبت وقائع القذف ، ، فإذا أثبتها أصبح المقذوف مسئولا عن الجريمة التى قذف بها ووجبت عليه عقوبتها ، ولهذا علق رفع الدعوى على شكوى المقذوف فإذا شكى أخذت الدعوى سيرها . وإذا كان المقذوف حيا وقت القذف فله وحده حق الخصومة

(١) مواهب الجليل ج٦ ص ٢٥٧ — بدائع الصنائع ج٧ ص٣٢٥ — أسنى المطالب ج٤ ص ٨٩ — المغنى ج ٩ ص ٥٣٥ ، ٥٤٢ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٨ — أسنى المطالب ج٤ ص٩٢ — المغنى ج ٩ ص٥٣٧ .

(٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٩٢.

فإن مات بعد القذف وقبل الشكوى فليس لغيره من ورثته أو عصباته أن يخاصم القاذف و يشكوه إلا إذا كان المقذوف قد مات قبل العلم بالقذف ، أما إذا مات بعد الشكوى فتحل ورثته محله عند مالك والشافعى وأحمد، وتسقط الدعوى بموته عند أبي حنيفة ، لأنه يرى أن حق المخاصمة فى دعوى القذف ليس حقاً ماليا حتى يورث.

و إذا كان المقذوف ميتا فجمهور الفقهاء يبيحون رفع الدعوى على القاذف بناء على شكوى الورثة أو الأصول والفروع ، وحجتهم فى ذلك أن القذف يتعدى الميت إلى الأحياء ، وأنهم قدح فى نسبهم فكأن القاذف قذفهم معنى ، ولهذا كان لهم حق تحريك الدعوى دفعاً للعار عن أنفسهم . و يرى بعض الفقهاء أن العار يلحق الأصول والفروع دون غيرهم ، ولهذا قصر حق المخاصمة عليهم ، ويرى البعض أن العار يلحق كل الورثة ، وأصحاب هذا الرأى يبيحون للورثة جميعاً حق المخاصمة . وعلى كل حال فمن له حق المخاصمة يستطيع أن يخاصم دون توقف على غيره ممن له نفس الحق ، ولو كان هذا الغير أقرب درجة للميت ، أى أن الأبعد يستطيع أن يخاصم ولو لم يخاصم الأقرب[1].

و إذا كان الفقهاء يعللون المخاصمة بأنها لدفع العار على المخاصم من أصول الميت أو فروعه أو ورثته ، وكان للأبعد أن يخاصم مع وجود الأقرب فمعنى ذلك أن الدعوى قصد منها حماية الأحياء لا حماية الميت ، ودفع العار عنهم لا عنه ، خصوصاً وإن القذف يتعدى دائماً المقذوف إلى غيره ، إذ القذف فى الشريعة معناه نفى النسب عن المقذوف أو نسبة الزنا إليه ، فالمقذوف سواء كان رجلا أو امرأة إذا نفى عنه نسبه تعداه نفى النسب إلى أصوله وفروعه وورثته ، وإذا كان امرأة فنسب إليها الزنا تعداها القذف إلى أصولها وفروعها وورثتها .

٢٨٣ — الشريعة والقانون: تتفق القوانين الوضعية مع الشريعة الإسلامية

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص٣٠٥ — الزيلعى ج ٣ ص٢٠٣ ، ٢٠٤ — الشرح الكبير ج١ ص ٢٣٠ وما بعدها — المهذب ج ٢ ص ٢٩٢ .

فيما قلناه عن المجنى عليه فيصح فيها أن يكون المجنى عليه إنساناً مميزاً أو غير مميز، عاقلا أو مجنوناً ، و يصح أن يكون إنساناً طبيعياً أو معنوياً ، وفرداً أو جماعة ، كما أن القوانين الوضعية تحمى الجنين قبل أن ينفصل عن أمه ، فتعاقب على الإجهاض[١] سواء حدث من الأم أو من غيرها ، وتحمى جدث الميت ورفاته ، فتعاقب من ينتهك حرمة القبور[٢]. وهى فى ذلك تتفق مع الشريعة .

أما فيما يتعلق بالقذف فالرأى السائد فى القوانين الوضعية اليوم أن القوانين توضع لحماية الأحياء دون الأموات[٣] ، ومن ثم فقذف الميت لا عقاب عليه إلا إذا تعدى أثر القذف إلى الأحياء من ورثة المقذوف أو ذوى قرباه فلا مانع إذن من المحاكمة والعقاب .

وبعض القوانين لا يعلق رفع الدعوى على شكوى المقذوف أو ورثته كما هو الحال فى القانون المصرى ، ولكن بعض القوانين يشرط لرفع الدعوى شكوى المقذوف كما هو الحال فى القانون الفرنسى ، فإذا مات المجنى عليه سقط بموته حق الشكوى إلا إذا قصد من القذف المساس بكرامة أسرة المقذوف وذويه الأحياء فيحق لهم حينئذ أن يرفعوا الشكوى باسمهم .

واتجاه القوانين الوضعية فى قذف الأموات لا يكاد يختلف عن اتجاه الشريعة، فدعوى القذف فى الشريعة تمس دائماً أسرة المقذوف وأهله ، فإذا أجازت الشريعة للورثة رفع الدعوى دون قيد فإن هذا يساوى تماماً ما أجازته القوانين للورثة من رفع الدعوى فى حالة المساس بهم ؛ لأن القوانين لا تقصر القذف على نسبة الزنا ونفى النسب كما هو الحال فى الشريعة ، وإنما تعتبر القوانين قاذفاً

---

(١) راجع المواد ٢٦٠ — ٢٦٤ من قانون العقوبات المصرى .

(٢) راجع المادة ١٦٠ من قانون العقوبات المصرى .

(٣) أحمد أمين ص ٥٤٤ ، ٥٥٥ ـ القانون الجنائى لأحمد صفوت ص ١٥٣ ومابعدها، شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ٣٥٨ .

كل من أسند لغيره واقعة توجب احتقاره . ومن المسلم به أن كثيراًمما يعتبر قذفاً فى القوانين لايمس ورثة المقذوف أو أهله الأحياء ، أما نسبة الزنى للمقذوف ونفى النسب عنه فلا شك أنه يمسهم ، ومن ثم يمكن القول : بأن القوانين تجيز دائماً ودون قيد لورثة المقذوف وأهله الأحياء أن يرفعوا الدعوى فى هاتين الحالتين على القاذف ، أما تعليق الدعوى على شكوى المقذوف فقد رأينا أن بعض القوانين كالقانون الفرنسى يتفق مع الشريعة فى هذا المبدأ ، وأن قوانين أخرى منها القانون المصرى لا تعلق رفع الدعوى على شكوى القاذف .

المبحث الثالث

سبب المسئولية ودرجاتها

٢٨٤ ـ سبب المسئولية الجنائية وشرطها : السبب هو ما جعله الشارع علامة على مسببه ، وربط وجود المسبب بوجوده ، وعدمه بعدمه ، بحيث يلزم من وجود السبب وجود المسبب ومن عدمه عدمه[١] .

والشرط هو ما يتوقف وجود الحكم الشرعى على وجوده ، ويلزم من عدمه عدم الحكم[٢] .

وسبب المسئولية الجنائية هو ارتكاب المعاصى ، أى إتيان المحرمات التى حرمتها الشريعة وترك الواجبات التى أوجبتها ، وإذا كان الشارع قد جعل ارتكاب المعاصى سبباً للمسئولية الجنائية إلا أنه جعل وجود المسئولية الشرعى موقوفا على توفر شرطين لا يغنى أحدهما عن الآخر وهما : الإدراك والاختيار ، فإذا انعدم أحد هذين الشرطين انعدمت المسئولية الجنائية ، وإذا وجد الشرطان معاً وجدت المسئولية ، فالسرقة معصية حرمها الشارع وجعل القطع عقوبة لفاعلها ،

---

(١) أصول الفقه للأستاذ عبد الوهاب خلاف ص ٩١ .

(٢) أصول الفقه للأستاذ عبد الوهاب خلاف ص ٩٣ .

فمن سرق مالا من آخر فقد جاء بفعل هو سبب للمسئولية الجنائية ، ولكنه لا يسأل شرعاً إلا إذا وجد فيه شرطا المسئولية وهما الإدراك والاختيار، فإن كان غير مدرك كمجنون مثلا فلا مسئولية عليه ، وإن كان مدركا ولكنه غير مختار فلا مسئولية عليه أيضاً .

وإذا وجد سبب المسئولية وهو ارتكاب المعصية ووجد شرطاها ، وهما الإدراك والاختيار واعتبر الجانى عاصياً ، وكان فعله عصياناً أى خروجاً على ما أمر به الشارع ، وحقت عليه العقوبة المقررة للمعصية . أما إذا ارتكبت المعصية ولم يتوفر فى الفاعل شرطا المسئولية أو أحدهما فلا يعتبر الفاعل عاصياً ولا يعتبر فعله عصياناً ، وإذن فالوجود الشرعى للمسئولية الجنائية متوقف على وجود العصيان وعدمها تابع لعدمه .

والعصيان فى الشريعة يقابل الخطأ والخطيئة **La Faute** فى تعبير القوانين الوضعية ، ولكن التعبير بالعصيان أدق فى دلالته على المعنى المقصود ، وهو مخالفة أمر الشارع من التعبير بالخطأ والخطيئة ، فضلا عن أن التعبير الأخير يؤدى إلى الخلط بين لفظ الخطأ بمعنى غير المتعمد ، وبين لفظ الخطأ بمعنى مخالفة أمر الشارع .

٢٨٥ ـ درجات المسئولية : رأينا فيما سبق أن الوجود الشرعى للمسئولية الجنائية يتوقف على وجود العصيان ، فمن الطبيعى إذن أن تكون درجات المسئولية تابعة لدرجات العصيان .

والأصل فى هذه المسألة أن الشريعة الإسلامية تقرن دائماً الأعمال بالنيات وتجعل لكل امرىء نصيباً من نيته ، وهذا معنى قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « إنما الأعمال بالنيات . وإنما لكل امرىء مانوى » والنية محلها القلب ومعناها القصد ، فتقول العرب نواك الله بحفظه أى قصدك الله بحفظه ، فمن انتوى بقلبه أن يفعل ماحرمته الشريعة ثم فعل ما انتواه فقد قصده .

وتطبيقاً لقاعدة اقتران الأعمال بالنيات لا تنظر الشريعة للجناية وحدها عندما تقرر مسئولية الجانى ، وإنما تنظر إلى الجناية أولا وإلى قصد الجانى ثانياً ، وعلى هذا الأساس ترتب مسئولية الجانى[1] .

والمعاصى التى يمكن أن تنسب للإنسان المدرك المختار فيسأل عنها جنائياً لاتخرج عن نوعين : نوع يأتيه الإنسان وهو ينتوى إتيانه ويقصد عصيان الشارع ، ونوع يأتيه الإنسان وينتوى إتيانه ولا يقصد عصيان الشارع ، أو لا ينتوى إتيانه ولا يقصد العصيان ولكن الفعل يقع بتقصيره أو بتسببه ، فالنوع الأول هو ما يتعمده قلب الإنسان ، والنوع الثانى هو ما يخطىء به .

ولما كانت الشريعة الإسلامية تقرن الأعمال بالنيات كما قلنا فقد فرقت فى المسئوليه الجنائية بين ما يتعمد الجانى إتيانه وبين مايقع من الجانى نتيجة خطئه ، وجعلت مسئولية الجانى العامد مغلظة ومسئولية الجانى المخطىء مخففة ، وعلة التغليظ على العامد أنه يتعمد العصيان بفعله وقلبه فجريمته متكاملة ، وعلة التخفيف على المخطىء أن العصيان لا يخطر بقلبه وإن تلبس بفعله فجريمته غير متكاملة .

وقد فرق القرآن بين العامد والمخطىء فى قوله تعالى : ﴿ وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم ﴾ [سورة الأحزاب : ٥] وكرر الرسول عليه الصلاة والسلام هذا المعنى فى قوله : « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان » والمقصود من عدم الجناح ومن رفع الخطأ هو تخفيف مسئولية المخطىء وعدم تسويته بالعامد ، ولا يقصد من هذين التعبيرين محو المسئولية الجنائية كلية ، وليس أدل على ذلك من أن الله جل شأنه جعل عقوبة القتل العمد القصاص ، وجعل عقوبة القتل الخطأ الدية والكفارة ، فغلظ مسئولية العامد وخفف مسئولية المخطىء ولم يمحها كلية ، وذلك قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى ﴾

---

(١) أعلام الموقعين ج ٣ ص ١٠١ — ١٠٤ — الإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم ج ٥ ص ١٤١ وما بعدها — الأشباه والنظائر ص ٨ وما بعدها .

[سوره البقرة : ١٧٨] وقوله ﴿ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ﴾ [سورة المائدة : ٤٥] وقوله ﴿ وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ، ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا ، فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ، وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة ﴾ [سورة النساء : ٩٢] .

وهكذا تتنوع المسئولية الجنائية وتتعدد درجاتها بحسب تنوع العصيان وتعدد درجاته ، فإذا أردنا أن نعرف مدى تنوع المسئولية وتعدد درجاتها فعلينا أن نعرف مدى تنوع العصيان وتعدد درجاته .

وقد عرفنا فيما سبق أن العصيان إما أن يتعمده العاصى وإما أن يخطىء به، فهو إما عمد وإما خطأ ، والعمد والخطأ كلاهما على نوعين بحسب درجة جسامته، فالعمد ينقسم إلى عمد وشبه عمد ، والخطأ ينقسم إلى خطأ وما جرى مجرى الخطأ، ومن ثم يكون العصيان على أربع درجات ، وبالتالى تكون المسئولية الجنائية على أربع درجات ؛ لأنها تقوم على العصيان ، وتغلظ وتخفف بحسب درجة العصيان من الجسامة والبساطة .

١ — العمد : المعنى العام للعمد هو أن يقصد الجانى إتيان الفعل المحظور، فمن شرب الخمر وهو يقصد شربها فقد شربها متعمدا ، ومن سرق وهو يقصد السرقة فقد تعمدها ، والعمد هو أجسم أنواع العصيان ، وترتب عليه الشريعة أجسم أنواع المسئولية ، وتفرض عليه أغلب العقوبات .

وللعمد فى القتل معنى خاص عند جمهور الفقهاء هو أن يقصد الجانى الفعل القاتل ويقصد نتيجته .

ويفرق جمهور الفقهاء بين القتل الذى يتوفر فيه هذا المعنى الخاص وبين القتل الذى يتوفر فيه العمد بمعناه العام فقط ، ويسمون الأول القتل العمد . ويسمون الثانى القتل شبه العمد .

٢ — شبه العمد : لا تعرف الشريعة شبه العمد إلا فى القتل والجناية على ما دون النفس[١] وهو غير مجمع عليه من الأئمة ، فمالك لا يعترف به فى القتل ولا فيما دون القتل . ويرى أنه ليس فى كتاب الله إلا العمد والخطأ فمن زاد قسماً ثالثاً زاد على النص، ذلك أن القرآن نص على القتل العمد والقتل الخطأ فقط ، فقال تعالى ﴿ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم﴾ وقال : ﴿وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ﴾ وعلى أساس هذا الرأى يعرف مالك العمد فى القتل بأنه إتيان الفعل بقصد العدوان ، فهو لا يشترط أن يقصد الجانى الفعل ويقصد نتيجته[٢] .

ويتفق أبو حنيفة والشافعى وأحمد[٣] فى الاعتراف بشبه العمد فى القتل ولكنهم يختلفون فى وجوده فيما دون النفس ، فيرى الشافعى[٤] أن العمد فيما دون النفس إما أن يكون عمداً محضاً وإما أن يكون شبه عمد، وهذا هو الرأى الراجح فى مذهب أحمد[٥] . ويرى أبو حنيفة[٦] أن شبه العمد لا يوجد فيما دون النفس ورأيه يتفق مع الرأى المرجوح فى مذهب أحمد[٧]

وشبه العمد فى القتل معناه إتيان الفعل القاتل بقصد العدوان دون أن تتجه نية الجانى إلى إحداث القتل ، ولكن الفعل يؤدى للقتل ، وحجة القائلين به أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ألا إن فى قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل » وسمى شبه العمد بهذه التسمية ؛ لأنه يشبه العمد من حيث قصد الفعل ولا يشبهه من حيث انعدام قصد الفعل .

---

(١) الجناية على ما دون النفس معناها الاعتداء على الجسم بما لا يؤدى للقتل كالضرب والجرح وقطع الأطراف وغير ذلك .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤١ .

(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٣٥ — الزيلعى ج ٦ ص ٩٧ المغنى ج ٩ ص ٣٢٠ .

(٤) الأم ج ٦ ، ٤٥ .

(٥) الإقناع ج ٤ ص ١٨٩ .

(٦) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٨٧ .

(٧) المغنى ج ٩ ص ٤١٠ .

وشبه العمد فيما دون النفس معناه إتيان الفعل بقصد العدوان دون أن تتجه نية الجانى إلى إحداث النتيجة التى انتهى إليها الفعل .

وشبه العمد أقل جسامة من العمد ، وينبنى على ذلك أن تكون عقوبة شبه العمد أخف من عقوبة العمد . فعقوبة العمد الأساسية القصاص وعقوبة شبه العمد الدية والتعزير إن رأى ولى الأمر تعزير الجانى .

٣ — الخطأ : — هو أن يأتى الجانى الفعل دون أن يقصد العصيان ولكنه يخطىء إما فى فعله وإما فى قصده ، فأما الخطأ فى الفعل فمثله أن يرمى طائرا فيخطئه ويصيب شخصا . وأما الخطأ فى القصد فمثله أن يرمى من يعتقد أنه جندى من جنود الأعداء ؛ لأنه فى صفوفهم أو عليه لباسهم فإذا به جندى من جنود الوطن معصوم الدم .

٤ — ما جرى مجرى الخطأ : — يلحق الفعل بالخطأ ويعتبر جاريا مجراه فى حالتين : — أولاهما : أن لا يقصد الجانى إتيان الفعل ولكن الفعل يقع نتيجة تقصيره ، كمن ينقلب وهو نائم على صغير بجواره فيقتله . وثانيتهما : أن يتسبب الجانى فى وقوع الفعل المحرم دون أن يقصد إتيانه كمن يحفر حفرة فى الطريق لتصريف ماء مثلا فيسقط فيها أحد المارة ليلا .

والخطأ أكثر جسامة مما جرى مجرى الخطأ ؛ لأن الجانى فى الخطأ يقصد الفعل وتنشأ النتيجة المحرمة عن تقصيره وعدم احتياطه ، أما فيما جرى مجرى الخطأ فالجانى لا يقصد الفعل ولكن الفعل يقع نتيجة تقصيره أو تسببه .

وأول من قسم الخطأ إلى خطأ وما جرى مجراه هو أبو بكر الرازى ، فقد رأى أن الفعل فى الخطأ مقصود إلا أن الخطأ يقع تارة فى الفعل وتارة فى قصد الفاعل ، ولا ينطبق هذا على الساهى والنائم والمتسبب ، ولما كان فعل كل من هؤلاء غير مقصود أصلا فليس هو إذن فى حيز الخطأ كما أنه ليس فى حيز العمد أو شبه العمد ، ولما كان حكم فعل الساهى والنائم والمتسبب هو حكم الخطأ من

حيث الجزاء فقد رأى أبو بكر الرازى إلحاقه بالخطأ باعتباره جاريا مجراه[1] .

٢٨٦ — **الشريعة والقانون** : ـ وتتفق القوانين مع الشريعة فيما ذكرنا من سبب المسئولية وشرطها ، فسبب المسئولية فى القانون هو ارتكاب الجرائم ، وشرط المسئولية هو الإدراك والاختيار كما هو الحال فى الشريعة ، ولا مسئولية ما لم يكن الجانى مخطئا أى عاصيا ، ودرجات المسئولية تتعدد وتتنوع بحسب تنوع الخطأ[2] وتعدده . والخطأ فى القانون على نوعين : عمد وخطأ ، والخطأ على نوعين خطأ بإهمال وخطأ بسيط ، ويدخل تحت العمد ما يدخل فى الشريعة تحت العمد وشبه العمد ، ويدخل تحت الخطأ ما يدخل تحت الخطأ فى الشريعة وما تجرى مجراه .

والقوانين الوضعية وإن كانت لا تعترف بشبه العمد فى القتل إلا أنها تجعل هذا النوع من القتل ضربا مفضيا للموت ، وتخفف عقوبته عن عقوبة القتل العمد ، فتصل بذلك إلى الغرض الذى ترمى إليه الشريعة من التفرقة بين القتل بقصد الضرب والقتل بقصد القتل ، فالخلاف إذن بين الشريعة والقانون خلاف فى التسمية لا غير .

ولا شك أن تعبير الشريعة بالقتل شبه العمد أصح منطقا من تعبير القوانين الوضعية ، ذلك أن القتل شبه العمد يندرج تحته الموت الناشىء عن الضرب والجرح وإعطاء المواد السامة والضارة والتغريق والتحريق والتردية والخنق ، وكل ما يدخل تحت القتل العمد إذا انعدمت نية القتل عند الجانى وتوفر قصد الاعتداء ، ولفظ القتل يدخل تحته كل ما يؤدى للموت ، فاختيار الفقهاء لهذا التعبير للدلالة على هذه الأنواع المختلفة من الاعتداء والإيذاء هو اختيار موفق ؛ لأنها تنتهى جميعا بالموت ، أما لفظ الضرب المفضى للموت الذى عبرت به القوانين الوضعية فإذا دخل تحته الضرب باليد أو بأداة أخرى فإنه لا يمكن أن يندرج تحته غير ذلك

---

(١) أحكام القرآن لأبى بكر الرازى الجصاص ج ٢ ص ٢٢٣ .

(٢) ذكرنا فيما سبق أن الخطأ أو الخطيئة فى القانون يقابل العصيان فى الشريعة .

من أنواع الإيذاء والاعتداء المختلفة الصور والوسائل كالتغريق والتحريق والتردية والخنق ، وشراح القانون المصرى يعترفون بقصور لفظ الضرب عن استيعاب المعنى الذى يندرج تحته قانوناً .

المبحث الرابع
فى قصد العصيان أو القصد الجنائى

٢٨٧ - قصد العصيان أو القصد الجنائى : بينا فيما سبق أن أساس المسئولية الجنائية هو العصيان ، أى عصيان أمر الشارع ، وأن مسئولية الجانى تختلف باختلاف درجة العصيان ، فإن قصد الجانى العصيان شددت العقوبة وإن لم يقصد العصيان خففت العقوبة ، فقصد العصيان عامل أولى فى تعيين عقوبة الجانى ، وهذا القصد هو ما نسميه اليوم فى اصطلاحنا القانونى بالقصد الجنائى .

وقصد العصيان أو القصد الجنائى هو تعمد إتيان الفعل المحرم أو تركه مع العلم بأن الشارع يحرم الفعل أو يوجبه ، وينبغى أن لا يفوتنا إدراك الفرق بين العصيان وبين قصد العصيان ، فالعصيان عنصر ضرورى يجب توفره فى كل جريمة سواء كانت الجريمة بسيطة أو جسيمة من جرائم العمد أو من جرائم الخطأ ، فإذا لم يتوفر عنصر العصيان فى الفعل فهو ليس جريمة . أما قصد العصيان فلا يجب توفره إلا فى الجرائم العمدية دون غيرها . والعصيان هو فعل المعصية أى إتيان الفعل المحرم أو الإمتناع عن الفعل الواجب دون أن يقصد الفاعل العصيان كمن يلقى حجراً من نافذة ليتخلص منه فيصيب به مارا فى الشارع ، فهو قد فعل معصية بإصابة غيره ، ولكنه لم يقصد بأى حال أن يصيب غيره ، ولم يقصد بالتالى فعل المعصية . أما قصد العصيان فهو اتجاه نية الفاعل إلى الفعل أو الترك مع علمه بأن الفعل أو الترك محرم ، أو هو فعل المعصية بقصد العصيان كمن يلقى حجراً

من نافذة بقصد إصابة شخص مار فى الشارع فيصيبه ، فإنه يرتكب معصية لم يأتها إلا وهو قاصد فعلها ويتفق هذا المثل مع المثل السابق فى أن كلا من الجانبين أتى معصية حرمها الشارع ، ويختلف المثلان فى أن الجانى فى المثل الثانى قصد إتيان المعصية بينما الجانى فى المثل الأول لم يقصد إتيان المعصية .

والتفرقة بين العصيان و بين قصد العصيان تقابل التفرقة بين الإرادة **volonté** وهى تعمد الفعل المحرم أو تركه ماديا و بين القصد **intention** وهو تعمد النتيجة المترتبة على الفعل المادى ، تلك التفرقة التى نقول بها اليوم فى القوانين الوضعية ، ولا شك أن التعبير بالعصيان عن إتيان الفعل المادى و بقصد العصيان عن تعمد نتيجة الفعل هو تعبير أكثر دقة ودلالة على هذين المعنيين من التعبير عنهما بالإرادة والقصد ؛ لأنه ليس ثمة فرق بين الإرادة والقصد من الوجهة اللغوية ، وهما لفظان مترادفان يصلح كلاهما للدلالة على تعمد الفعل وتعمد نتيجته ، وهذه الصلاحية اللغوية تؤدى إلى الخلط بين المعانى الفنية كما تؤدى إلى العجز عن تمييزها أحيانا .

وقصد العصيان أو القصد الجنائى قد يوجد لدى الجانى قبل اقتراف الجريمة كأن ينتوى قتل إنسان ثم ينفذ القتل بعد ذلك بزمن ما ، وقد يعاصر القصد الجريمة كما هو الحال فى جرائم المشاجرات أو فى الجرائم التى تحدث بغتة بغير تدبير سابق .

و يستوى فى الشريعة أن يكون القصد سابقا للجريمة أو معاصراً لها ، فالعقوبة فى الحالين واحدة ؛ لأن أساس تقدير العقوبة هو القصد المقارن للفعل وقد توفر ، ولا يصح تشديد العقاب مقابل القصد السابق على الفعل ؛ لأن معنى ذلك هو العقاب على القصد وحده مستقلا عن الفعل . والقاعدة فى الشريعة أن لا عقاب على حديث النفس وقصد الجريمة قبل ارتكابها لقوله عليه الصلاة والسلام : « إن الله تجاوز لأمتى عما وسوست أو حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تكلم » ، وعلى أساس هذه القاعدة لا تفرق الشريعة فى القتل والجرح بين العمد مع سبق الإصرار والترصد و بين العمد الخالى من سبق الإصرار والترصد ، بل تجعل العقوبة واحدة

فى الحالين ، فعقوبة القتل العمد هى القصاص سواء سبقه إصرار وترصد أو لم يسبقه ، وعقوبات الشجاج والجراح فى حالة العمد مع سبق الإصرار والترصد هى نفس عقوباتها فى حالة التعمد الخالى من سبق الإصرار والترصد .

والقوانين الوضعية لا تعاقب على النية مستقلة عن الفعل أو القول كقاعدة عامة ، ولكنها مع ذلك تفرق فى بعض الجرائم بين عقوبة العمد المصحوب بسبق إصرار أو ترصد و بين عقوبة العمد الذى لم يصحبه سبق إصرار أو ترصد، وقد جرى القانون المصرى على هذه التفرقة فى جرائم القتل والضرب والجرح المتعمدة .

٢٨٨ — الفرق بين القصد والباعث : — وقد فرقت الشريعة من يوم وجودها بين القصد والباعث. أى بين قصد العصيان و بين الدوافع التى دفعت الجانى للعصيان ، ولم تجعل الشريعة للباعث على ارتكاب الجريمة أى تأثير على تكوين الجريمة أو على العقوبة المقررة لها ، فيستوى لدى الشريعة أن يكون الباعث على الجريمة شريفا كالقتل للثأر، أو الانتقام للعرض، أو أن يكون الباعث على الجريمة وضيعا كالقتل بأجر أو القتل للسرقة ، فالباعث على الجريمة ليس له علاقة بتعمد الجانى ارتكاب الجريمة ، ولا يؤثر على تكوينها ولا عقوبتها شيئا ما.

و إذا كان من الممكن عملا أن لا يكون للباعث أثر على تكوين الجريمة ، وأن لا يكون له أثر على عقوبات جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، فإن هذا لا يمكن عملا فى عقوبات التعازير ؛ ذلك أن الباعث أيا كان لن يؤثر فى طبيعة الفعل المكون للجريمة ؛ ولأن الشارع ضيق سلطان القاضى فى عقوبات الحدود والقصاص ، بحيث لا يستطيع أن يجعل للبواعث أى اعتبار . أما فى التعازير فقد ترك الشارع للقاضى من الحرية فى اختيار العقوبة وتقديرها ما يمكنه عملا من أن يحل البواعث فى تقدير العقوبة محل الاعتبار .

فللباعث أثر من الوجهة العملية على عقوبات التعازير دون غيرها من العقوبات

وعلة ذلك أن عقوبات الجرائم التعزيرية غيرمقدرة ، وللقاضى حرية واسعة فيها. فله أن يختار نوع العقوبة ويعين كمها ، فإذا راعى القاضى البواعث نخفف العقوبة أو شددها فإنه يفعل ذلك فى نطاق حقه ، ولا يخرج عن حدود سلطانه . أما جرائم الحدود والقصاص فعقوبتها مقدرة أى محددة ، وليس للقاضى أن ينقص منها أو يزيد فيها ، ومن الواجب عليه أن يحكم بها مهما كان الباعث على الجريمة ، فسواء كان الباعث شريفاً أو وضيعاً فالعقوبة لن تتغير .

وأكثر القوانين الوضعية تتفق فى هذه المسألة مع الشريعة ، فهى لا تخلط أيضاً بين الباعث على الجريمة والقصد الجنائى ، ولا تجعل للباعث أثراً على تكوين الجريمة أو عقوبتها كقاعدة عامة ، ولكن بالرغم من ذلك فإن للباعث من الوجهة العملية أثره على تقدير العقوبة ، إذ للقاضى أن يقدر العقوبة الملائمة من بين الحدين الأدنى والأعلى للعقوبة ، وله فى كثير من الأحوال أن يختار إحدى عقوبتين ، وهو يختار العقوبة ويقدر كمها طبقاً لما يرى أن الجانى يستحقه ، وهو يدخل فى تقديره ظروف الجريمة والمجرم ، والبواعث التى دفعت لارتكاب الجريمة ، فيخفف العقوبة إن رأى الجانى مستحقاً التخفيف ، ويغلظها إن رآه مستحقاً التغليظ ، وبهذا يكون للباعث أثره العملى على العقوبة . وهذه هى طريقة القانون الفرنسى والقانون المصرى .

على أن هناك بعض القوانين كالقانون الإيطالى والبولونى[١] تجعل من الباعث ظرفا مخففا أو مشدداً للعقوبة ، وتلزم القاضى بمراعاة هذا الباعث عند تقدير العقوبة ، وهذه القوانين وإن كانت تعترف بأن للباعث أثراً قانونياً على العقوبة، إلا أنها من الوجهة العملية لا تصل إلى أكثر من النتائج التى تصل إليها القوانين التى لا تعترف بالباعث من الوجهة النظرية ، لأن القاضى لا يستطيع عملا

---

(١) القانون الجنائى لعلى بدوى ص ٣٤٠ وما بعدها ـ الموسوعة الجنائية ج ٣ ص ٦٨ .

أن يتخلى دائماً عن اعتبار البواعث عند تقدير العقوبة، سواء اعتبر الشارع البواعث أو لم يعتبرها .

فالفرق بين الشريعة والقوانين الوضعية أن الشريعة لا تعترف بالباعث ولا تجعل له أثراً فى الجرائم الخطيرة التى تمس الجماعة ونظامها، وهى جرائم الحدود والقصاص ، أما فيما عدا هذه الجرائم ، فإن الشريعة وإن لم تعترف بالباعث من الوجهة النظرية ، إلا أنه ليس فيها ما يمنع القاضى من تقدير الباعث من الوجهة العملية ، وأكثر القوانين تهمل الكلام على الباعث ولا تعترف به من الوجهة النظرية ، ولكن هذا لا يمنع القاضى من تقدير البواعث عملا فى كل الجرائم البسيطة والخطيرة على السواء . ولا شك أن طريقة الشريعة أسلم وأفضل، لأنها تضع مصلحة الجماعة فى الجرائم الخطيرة فوق كل اعتبار ، ولا تسمح للقاضى بأن يفاضل بين هذه المصلحة ومصلحة الجانى ؛ لأن معنى ذلك هو إخضاع المصلحة العامة للعواطف والأهواء .

٢٨٩ - صور القصد : وليس للقصد صورة معينة فهو يظهر فى صور متنوعة تختلف باختلاف الجرائم ونية المجرم ، فقد يكون القصد عاما ، وقد يكون خاصاً ، وقد يكون القصد معينا أو غير معين، وقد يكون القصد مباشراً أو غير مباشر .

٢٩٠ - القصد العام والقصد الخاص : يتوفر القصد العام كلما تعمد الجانى ارتكاب الجريمة مع علمه بأنه يرتكب محظوراً، وأكثر الجرائم يكتفى فيها بتوفر القصد الجنائى العام ، كجريمة الجرح والضرب البسيط فإنه يكفى فيها أن يتعمد الجانى إتيان الفعل المادى مع علمه بأنه يأتى فعلا محرما .

وفى بعض الجرائم لا يكتفى الشارع بالقصد العام ، بل يشترط أن يتوفر معه قصد خاص كتعمد نتيجة معينة أو ضرر خاص ، كما هو الحال فى جريمة القتل العمد أو جريمة السرقة ، ففى جريمة القتل العمد لا يكفى أن يضرب الجانى المجنى عليه أو يجرحه وهو عالم بأن الضرب والجرح محرم ، بل يجب أن يتعمد مع الضرب

أو الجرح إزهاق روح المجنى عليه ، فالشارح يوجب لمحاسبة الجانى على القتل العمد أن يتعمد بعد توفر القصد العام نتيجة معينة أو قصداً خاصاً ، فإذا توفر القصد العام فقط ومات المجنى عليه كان الفعل قتلا شبه عمد لا قتلا عمداً[١].

وفى جريمة السرقة لا يكفى أن يأخذ الجانى مال الغير خفية وهو عالم بأن هذا الفعل محرم ، بل يجب أن يتعمد مع ذلك تملك المال ، فإذا أخذه وهو لا يقصد تملكه لم تتكون جريمة السرقة .

وفى الحالات التى يشترط فيها قصد خاص يختلط القصد الجنائى بالباعث كلما كان القصد الخاص هو الباعث على الجريمة ، فمن يقتل شخصاً بقصد إزالته من طريقه يختلط قصده الخاص بالباعث على الجريمة ، ولكن لايمكن أن يقال: إن الباعث يؤثر على الجريمة أو العقوبة ؛ لأننا لاننظر إلى الباعث فى حالة الاختلاط باعتباره باعثاً و إنما باعتباره قصداً خاصاً .

٢٩١ — القصد المعين والقصد غير المعين : يكون القصد معيناً إذا قصد الجانى ارتكاب فعل معين على شخص أو أشخاص معينين[٢] .

ويعتبر الفعل معيناً سواء كان بطبيعته ذا نتائج محدودة كمن يذبح شخصاً أو أكثر بسكين أو كان بطبيعته ذا نتائج غير محدودة كمن يلقى قنبلة على جماعة ، فهو يعرف دون شك أن فعله سيؤدى لقتل وجرح الكثيرين، ولكنه لا يستطيع تحديدهم من قبل كما يستطيع من يستعمل السكين .

ويعتبر الفعل معيناً ولو كانت نتائجه غير محدودة ، كلما أتاه الجانى وهو عالم

---

(١) لا يشترط مالك القصد الخاص فى جريمة القتل ؛ لأنه لا يعترف بالقتل شبه العمد والقتل عنده نوعان لا ثالث لهما : قتل عمد وقتل خطأ ، فيعتبر قاتلا عمدا عنده كل من أتى الفعل بقصد العدوان ولو لم يقصد إزهاق روح المجنى عليه ، فالقصد العام كاف وحده عند مالك لتكوين جريمة القتل العمد .

(٢) نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٢٣٥ — البجيرمى على شرح المنهج الجزء الرابع ص ١٣٠

بنتائجه قاصداً تحقيق هذه النتائج كلها أو بعضها ، لا يبالى أيها تحقق وأيها تخلف

ويعتبر المجنى عليه معيناً كلما أمكن تعيينه ، ولو لم يعين باسمه أو شخصه أو وصفه ، فمن قصد أن يصيب آى شخص من جماعة معينة يعرف أفرادها وأطلق عليهم النار فأصاب أحدهم فقد أصاب شخصاً معيناً ، ومن أطلق النار بقصد إصابة أى شخص من جماعة معينة لا يعرف أفرادها ، فقد أصاب شخصاً معيناً ؛ لأن الجماعة معينة ؛ ولأنها تصبح مقصودة فتعتبر جماعة وأفراداً [١] .

ويكون القصد غير معين إذا قصد الجانى ارتكاب فعل معين على شخص غير معين ، ويعتبر الشخص غير معين إذا لم يكن فى الإمكان تعيينه قبل الجريمة، فإذا أطلق الجانى كلباً عقوراً ليعقر من يقابله ، أو حفر بئراً فى الطريق ليسقط فيها من يمر فى الطريق ، كان المجنى عليه غير معين ، ويشترط ليكون القصد غير معين أن لا يقصد الجانى من فعله هلاك شخص معين ، فإن قصده فالقصد معين بالنسبة لهذا الشخص ، وإن هلك الشخص المعين وهلك معه غير معين فالقصد معين بالنسبة للأول وغير معين بالنسبة للثانى [٢] .

ويستوى عند الفقهاء الإسلاميين بصفة عامة أن يكون القصد معيناً أو غير معين ، فحكمهما واحد من حيث مسئولية الجانى وتكييف فعله ، إلا أنهم اختلفوا فى مسئولية الجانى وتكييف فعله إذا كان الفعل قتلا وكان القصد غير معين، فيرى بعض الشافعية أن الجانى لا يسأل باعتباره قاتلا متعمداً إذا قصد قتل غير معين ، وإنما يسأل عن الفعل باعتباره قتلا شبه عمد مادام الشخص الذى قصد بالجريمة منهما غير معين [٣] . ويفرق المالكيون بين القتل المباشر والقتل بالتسبب . ويسوون فى حالة القتل المباشر بين القصد المعين والقصد غير المعين ، ويجعلون

---

(١) تحفة المحتاج ج الرابع ص ٢ ، ٣ .
(٢) تحفة المحتاج ج ٤ ص ٢ ، ٣ – شرح الخرشى ج ٨ ص ٨ .
(٣) تحفة المحتاج ج ٤ ص ٣ .

القاتل مسئولا عن القتل العمد ، أما فى حالة القتل بالتسبب فلا يسأل القاتل باعتباره قاتلا عمداً إلا إذا قصد شخصاً معيناً بفعله وهلك هذا المعين ، فإن قصد غير معين فلا يسأل باعتباره قاتلا متعمداً ، وإنما يسأل عن القتل الخطأ[١].

ويمكن تعليل رأى الشافعيين بأن القتل العمد يشترط فيه قصد إزهاق روح المجنى عليه ، وهذا الشرط لايتحقق إلا إذا قصد الإنسان فعلا يؤدى للقتل ، وقصد به شخصاً معيناً ، فإن قصد غير معين فقد قصد الفعل دون شك ، ولكنه لم يقصد إزهاق روح المجنى عليه الذى لا يعرفه ولا يدرى من يكون ، والذى قد يتضح فيما بعد أنه أعز الناس على الجانى وأحبهم إليه ، فالجانى لا يمكن أن يقصد قصداً صحيحاً أو جدياً إزهاق روح إنسان قبل أن يتعين لديه هذا الإنسان، والجانى يؤخذ فى القتل العمد بأنه قصد إزهاق روح القتيل مع إنه لايمكن أن يقال فى حالة القصد غير المعين: إن الجانى قصد إزهاق روح القتيل بالذات ، وإذا انعدم قصد إزهاق روح القتيل فقد بقى قصد الفعل الذى أدى للموت ، وهذا الفعل يكيف شرعاً بأنه قتل شبه عمد[٢].

ويمكننا أن نعلل رأى المالكيين بنفس التعليل السابق ، كما يمكننا أن نعلل تفرقتهم بين القتل المباشر والقتل بالتسبب بأن المجنى عليه فى حالة القتل المباشر يكون فى الغالب معيناً ؛ لأن القاتل يباشر القتل بنفسه دون واسطة ، فهو لا يباشر الفعل القاتل قبل أن يتمكن من المجنى عليه ، وإذا تمكن منه فقد أصبح معيناً لديه ، بعكس الحال فى القتل بالتسبب ، فإن الجانى يباشر القتل بواسطة ، وهو فى أغلب الأحوال يستطيع أن يباشر الفعل القاتل قبل أن يتمكن من المجنى عليه وقبل أن يصبح معيناً لديه .

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠ ـ الشرح للدردير ج ٤ ص ٢١٦ .

(٢) يمكن الوصول للنتيجة نفسها مع اعتبار الفعل قتلا عمداً إذا قلنا : إن هناك شبهة فى صحة القصد أو فى جديته ، لأن الحدود تدرأ بالشبهات ، ويترتب على درء عقوبة القصاص أن يعاقب على الفعل بعقوبة القتل شبه العمد مع وصفه بأنه قتل عمد .

أما فقهاء الحنفية والحنابلة ومعهم بعض الشافعية فإنهم لايفرقون بين القصد المعين وبين القصد غير المعين فى القتل وغير القتل ، فالجانى سواء قصد بالفعل شخصاً معيناً أو قصد شخصاً غير معين فهو قاتل متعمد إذا أدى فعله إلى النتيجة التى قصدها (١).

ويلاحظ أن تقسيم القصد فى الشريعة إلى معين وغير معين مقابل تقسيم القصد فى القانون إلى محدود وغير محدود ، وأن رأى الفقهاء القائلين بعدم التفرقة بين القصد المعين وغير المعين فى القتل يتفق تمام الاتفاق مع رأى شراح القانون الفرنسى والمصرى ، حيث لايفرق هؤلاء أيضاً بين القصد المحدود وغير المحدود ؛ لأن الجانى فى الحالين يقصد النتيجة التى حدثت أو يقبل وقوعها عند ارتكاب الجريمة .

ونصوص القانون المصرى والفرنسى لاتفرق بين القصد المحدود والقصد غير المحدود أيضاً ، فهى بهذا تتفق مع رأى الفقهاء القائلين بعدم التفرقة بين القصد المعين والقصد غير المعين ، فالمادة ٢٣١ من قانون العقوبات المصرى المماثلة للمادة ٢٩٧ من قانون العقوبات الفرنسى تعرف سبق الإصرار بأنه : « هو القصد المصمم عليه قبل الفعل لارتكاب جنحة أو جناية ، غرض المصر منها إيذاء شخص معين أو أى شخص غير معين وجده أو صادفه ، سواء كان ذلك القصد معقباً على حدوث أمر أو موقوفاً على شرط » .

أما الفقهاء القائلون بالتفرقة بين القصد المعين والقصد غير المعين ، فرأيهم يطابق أو يقترب من النظرية الألمانية ، التى تعتبر الجانى مخطئاً لا عامداً، كلما أدى فعله إلى نتائج لم يتمثلها أو لم يقصدها قصداً صحيحاً .

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٣ ، ٢٣٤ ـ المهذب ج ٢ ص ١٨٤ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ٣ ـ الإقناع ج ٤ ص ١٦٣ ـ المغنى ج ٩ ص ٣٢٠ وما بعدها .

٢٩٢ — القصد المباشر والقصد غير المباشر : يعتبر القصد مباشراً سواء كان معيناً أو غير معين كلما ارتكب الجانى الفعل وهو يعلم نتائجه ويقصدها، بغض النظر عما إذا كان يقصد شخصاً معيناً أو لا يقصد شخصا معينا .

ويعتبر القصد غير مباشر إذا قصد الجانى فعلا معيناً فترتب على فعله نتائج لم يقصدها أصلا أو لم يقدر وقوعها ، ويسمى القصد غير المباشر بالقصد المحتمل أو القصد الاحتمالى .

ولم يتعرض الفقهاء للقصد المباشر أو غير المباشر كما أنهم لم يعرفوا تعبير القصد الاحتمالى ، ولكن ليس معنى هذا أن الشريعة الإسلامية لم تعرف القصد الاحتمالى ، وأنها لاتفرق بين القصد المباشر وغير المباشر ، فقد عرفت الشريعة حق المعرفة القصد الاحتمالى وفرقت بين القصد المباشر وغير المباشر من يوم نزولها ، وليس أدل على ذلك من جرائم الجراح والضرب ، فالضارب والجارح يضرب أو يجرح وهو لا يقصد إلا مجرد الإيذاء أو التأديب ، ولا يتوقع أن يصيب المجنى عليه إلا بجرح بسيط أو كدمات خفيفة ، أو لا يتوقع أن يصيبه إلا بمجرد الإيلام، ولكن الجانى مع هذا لا يسأل جنائياً عن النتائج التى قصدها فقط أو التى توقعها وإنما يسأل أيضاً عن النتائج التى لم يقصدها ولم يتوقعها ، فإذا أدى الضرب أو الجرح إلى قطع طرف أو فقد منفعته فهو مسئول عن ذلك مأخوذ به ، وإذا أدى الضرب أو الجرح إلى الموت فهو مسئول عن موت المجنى عليه باعتبار الفعل قتلا شبه عمد لا ضربا ولا جرحا . فالشريعة تحمل الجانى فى جرائم الضرب والجرح نتائج فعله ولو لم يقصدها أو يتوقعها ، وتحميل الجانى هذه النتائج معناه أن الجانى يؤخذ بقصده غير المباشر أو بقصده المحتمل .

وإذا كانت الشريعة قد عرفت القصد غير المباشر على الوجه السابق ورتبت عليه حكمه فلا عبرة بعد ذلك بما يكتبه الفقهاء عنه ، وسواء استخلصوا من أحكام

الشريعة نظرية عامة في القصد الاحتمالى أو لم يستخلصوا نظرية عامة واكتفوا بتطبيق نصوص الشريعة ، فإن هذه مسألة ثانوية ترجع إلى تقدير الفقهاء أنفسهم وإلى طريقتهم فى الكتابة . على أننا مع هذا نستطيع من تتبع أقوال الفقهاء فى جرائم القتل والضرب والجرح أن نتبين بسهولة رأى كل منهم فيما نسميه اليوم بالقصد الاحتمالى وحكم هذا القصد ، وسنرى فيما يأتى أن آراء الفقهاء فى هذه المسألة لا تخرج عن ثلاثة آراء يختلف كل منها عن الآخر اختلافاً ظاهراً :ـ

٢٩٣ — الرأى الأول : هذا الرأى لمالك وهو يفرق عندما يتعرض لجرائم القتل والجرح والضرب بين الجرائم المتعمدة والجرائم غير المتعمدة، ويجعل الجانى فى الحالين مسئولا عن النتيجة التى انتهى إليها فعله ، فمن أدى فعله إلى الموت فهو مسئول عن القتل ، ومن أدى فعله إلى قطع عضو أو فقد منفعته فهو مسئول عن ذلك ، ومن شفى جرحه دون عاهة أو لم يترك ضربه أثراً كانت مسئوليته بقدر ما انتهى إليه فعله . والفرق بين الجرائم المتعمدة وغير المتعمدة ليس فى ذات الفعل المادى الذى أتاه الجانى وإنما فى قصد الجانى وقت إتيان الفعل ، فمن أتى الفعل بقصد العصيان كان متعمداً ، ومن أتاه دون أن يقصد العصيان كان غير متعمد .

ويكتفى مالك فى جرائم القتل والجرح والضرب المتعمدة بالقصد العام وهو قصد العدوان ، ولا يشترط فى القتل العمد أن يقصد الجانى إزهاق روح المجنى عليه[1] ، ولا يشترط فى قطع العضو أو فى فقد منفعته أن يقصد الجانى هذه النتيجة ، ومن ثم يعتبر الجانى قاتلا عمداً عند مالك إذا لطم شخصاً أو لكزه بقصد العدوان فأدى ذلك إلى موته ، وكذلك يعتبر قاتلا عمداً لو رماه

---

(١) كان القضاء الفرنسى إلى سنة ١٨٣٢ يكتفى فى جرائم القتل العمد بالقصد العام حتى صدر قانون يعاقب على الضرب المفضى للموت بعقوبة خاصة .

بحجر صغير أو بقضيب أو ضربه بعصا خفيفة ولو لم يوال الضربات ، مادام أنه قد فعل ذلك بقصد العدوان وأدى الفعل للموت ، ويعتبر قاتلا عمداً من يدفع شخصا بقصد العدوان أو يأخذ برجله فيسقط فتؤدى السقطة لموته ، ولا يشترط فى كل هذه الأحوال أن تكون الأداة قاتلة ، ولا أن يقصد الجانى إزهاق روح المجنى عليه[١] . ومن لطم شخصاً بقصد العدوان ففقأ عينه أو أذهب بصره فهو مسئول عن نتيجة فعله ولو لم يقصدها أو يتوقعها[٢] .

وإذا كان الجارح أو الضارب الذى لم يقصد إلا مجرد العدوان مسئولا عن كل نتائج فعله فمعنى ذلك أنه لا يؤخذ بقصده المعين المحدد ، وإنما يؤخذ بما يحتمل أن يترتب على هذا القصد أو بتعبيرنا العصرى يؤخذ بقصده المحتمل .

فخلاصة رأى مالك أن الجانى مسئول عن كل نتائج فعله المقصود ، سواء قصد هذه النتائج بالذات أو لم يقصدها ، توقعها أو لم يتوقعها ، وسواء كانت هذه النتائج قريبة يكثر حدوثها أو بعيدة يندر وقوعها .

وقد كان مالك فى رأيه هذا منطقيا مع نفسه ؛ لأنه لا يعترف بالقتل شبه العمد ؛ ولأنه جعل القتل نوعين لا ثالث لهما ولا وسط بينهما : هما القتل العمد والقتل الخطأ ، فلم يكن لديه بعد هذا مايدعوه لاشتراط نية خاصة فى القتل العمد لتميزه عن غيره .

٢٩٤ ـ الرأى الثانى : وهو رأى فقهاء مذهب أبى حنيفة والرأى المرجوح فى مذهب أحمد . ويفرق أصحاب هذا الرأى أيضا بين جرائم القتل والجرح والضرب المتعمدة وبين الجرائم غير المتعمدة ، ويجعلون الجانى فى الحالين مسئولا عن النتيجة التى انتهى إليها فعله ، وأساس الفرق بين الجرائم

---

(١) المدونة ج ١٦ ص ١٠٨ ـ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٦ ـ ٢٤٩ .

المتعمدة وغير المتعمدة هو قصد الجانى ، فإن أتى الفعل بقصد العصيان فهو متعمد ، و إن لم يصطحب الفعل بقصد العصيان فهو غير متعمد .

و يفرق هؤلاء الفقهاء بين القصد فى القتل العمد والقصد فيما عداه من جرائم الاعتداء على النفس أو ما دون النفس[1] ، فيشترطون فى القتل العمد أن يقصد الجانى الفعل القاتل ويقصد معه إزهاق روح المجنى عليه ، فإن توفر هذان القصدان فالجانى قاتل متعمد ، و إن توفر الأول دون الثانى فالفعل قتل شبه عمد .

وفيما عدا القتل العمد لا يشترطون إلا القصد العام أو قصد العصيان أى : تعمد إتيان الفعل مع العلم بأنه محظور ، فإذا توفر هذا القصد فالجانى مسئول عن نتائج فعله سواء قصدها كلها أو لم يقصدها ، توقعها أو لم يتوقعها ، وسواء كانت هذه النتائج قريبة يكثر حدوثها ، أو بعيدة يندر وقوعها ، فمن ضرب شخصا بقصد ضربه فقط فأدى الضرب لموته كان مسئولا عن جريمة القتل شبه العمد لا الضرب ، ومن لطم شخصا ففقأ عينه أو أذهب بصره ، فهو مسئول عن نتيجة الفعل لا عما قصده من الفعل[2] وهكذا .

وأصحاب هذا الرأى يتفقون مع مالك ويخالفونه ، فيتفقون معه تمام الاتفاق فيما دون القتل حيث يأخذون الجانى بقصده المحتمل ، ويجعلونه مسئولا عن نتائج فعله المتعمد ، ولو لم يقصد هذه النتائج أو لم يتوقعها ، و يخالفون مالكا فى القتل العمد، حيث لا يرون أخذ الجانى بقصده المحتمل فى القتل العمد، و يشترطون

---

(١) يفرق الفقهاء بين الجناية على النفس والجناية على ما دون النفس ، فالجناية على النفس هى الجريمة التى تؤدى للموت سواء كانت الجريمة متعمدة أو غير متعمدة ، والجناية على ما دون النفس يعبر بها عن كل أذى يقع على جسم الإنسان فلا يودى بحياته ، وهو تعبير دقيق يتسع لكل أنواع الاعتداء والإيذاء التى يمكن تصورها ، فيدخل تحته الجرح والضرب والدفع والجذب والعصر والضغط وقص الشعر ونتفه وغير ذلك . ويعبر القانون المصرى عن نفس المعنى بلفظى الجرح والضرب فقط وهو تعبير ناقص لا يتسع لغير الضرب والجرح من أنواع الإيذاء والاعتداء .

(٢) البحر الرائق ج ٨ ص ٢٨٧ ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٣ — المغنى ج ٩ ص ٤١٠ ـ الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٢٨ .

لاعتباره قاتلا عمداً أن يقصد إزهاق روح القتيل ، بينما يؤخذ الجانى عند مالك بقصده المحتمل فى القتل العمد وغيره ، وعلة هذا الاختلاف أن من عدا مالك من الفقهاء يجعلون القتل ثلاثة أنواع : عمد ، وشبه عمد ، وخطأ . وقد اقتضى هذا التقسيم منهم أن يجعلوا لكل نوع من هذه الأنواع حداً يميزه عن غيره، فاشترطوا فى القتل العمد أن يقصد الجانى إزهاق روح القتيل ، ليميزوا بين القتل العمد وبين القتل شبه العمد الذى يكفى فيه أن يقصد الجانى الفعل القاتل ، فإذا قصد الجانى الفعل القاتل وقصد إزهاق روح القتيل فهو قاتل متعمد ، وإذا قصد الفعل القاتل فقط فهو قاتل شبه متعمد ، بينما هو فى الحالين قاتل متعمد فى رأى مالك .

٢٩٥ ـ الرأى الثالث : ـ وهو رأى الشافعى والرأى الراجح فى مذهب أحمد ، ويفرق أصحاب هذا الرأى أيضا بين الجرائم المتعمدة وغير المتعمدة ، ويجعلون الجانى مسئولا فى الحالين عن نتائج فعله ، كما يجعلون أساس التفرقة قصد الجانى ، فإن أتى الفعل بقصد العصيان فهو متعمد ، وإن لم يقصد العصيان فهو غير متعمد .

ويفرقون فى جرائم الاعتداء على النفس بين القتل العمد والقتل شبه العمد ويجعلون القاتل مسئولا عن القتل العمد كلما قصد الفعل وقصد إزهاق روح المجنى عليه ويجعلونه مسئولا عن القتل شبه العمد ، إذا قصد الفعل ولم يقصد إزهاق روح المجنى عليه ، ولو كان لا يؤدى غالباً للموت . فلا مجال للقصد المحتمل فى دائرة القتل العمد ، وفى هذا يتفق أصحاب هذا الرأى مع أصحاب الرأى السابق .

أما فى جرائم الاعتداء على ما دون النفس فيرى أصحاب هذا الرأى مسئولية الجانى باعتباره متعمداً عن كل نتائج فعله التى قصدها ، ومسئوليته عن كل النتائج التى يؤدى إليها فعله غالباً ولو لم يقصدها أو يتوقعها ؛ لأن تأدية الفعل غالبا لهذه النتائج يجعلها فى حكم النتائج المقصودة ، فإذا أدى الفعل إلى نتائج لم يقصدها

الجانى ، ولا يؤدى إليها فعله غالبا ، فلا يسأل الجانى عن هذه النتائج باعتباره متعمدا لها ؛ لأنه لم يقصد هذه النتائج ولا يؤدى فعله غالبا إليها ، كذلك لا يسأل الجانى عن هذه النتائج باعتباره مخطئا ؛ لأنه قصد الفعل وإن لم يقصد نتائجه . وإنما يسأل الجانى عن نتائج الفعل باعتباره شبه عامد ، وشبه العمد درجة بين العمد والخطأ ، والمسئولية عنه أخف من المسئولية عن العمد وأغلظ من المسئولية عن الخطأ — والأصل أن شبه العمد مزيج من العمد والخطأ ؛ لأن الجانى يتعمد الفعل ولا يقصد نتائجه ؛ ولأن نتائج الفعل فى شبه العمد ليست مما يؤدى لها الفعل غالبا ، فالجانى يتعمد الفعل ويخطىء فى نتائجه ، فوجب أن يعاقب بعقوبة بين عقوبة العمد وعقوبة الخطأ . فمن صفع شخصا على وجهه ففقأ عينه أو أذهب بصره دون أن يقصد هذه النتيجة ، لا يسأل عن فعله باعتباره متعمد ؛ لأنه وإن قصد الفعل لم يقصد نتيجته ؛ ولأن الصفع لا يؤدى غالبا لهذه النتيجة . كذلك لا يسأل الجانى باعتباره مخطئا لأنه تعمد الفعل ، وإنما يسأل الجانى باعتباره شبه عامد ، ويعاقب على فعله بعقوبة أخف من عقوبة العامد وأغلظ من عقوبة المخطىء . ومن أدخل إصبعه فى عين إنسان ففقأها أو أذهب بصرها ، يسأل عن نتيجه فعله باعتباره متعمدا ؛ لأنه قصد الفعل وقصد نتيجته ، أو لأن الفعل يؤدى غالبا لهذه النتيجة . ومن رمى إنسانا بحجر فأوضحه أو هشمه [1] . يسأل عن نتيجة فعله باعتباره متعمدا ؛ لأنه قصد الفعل ؛ ولأن فعله يؤدى غالبا لهذه النتيجة ومن رمى غيره بحصاة صغيرة فى جبهته فورمت ثم أوضحت لا يسأل عن هذه النتيجة باعتباره متعمدا إذا لم يكن قصدها ؛ لأن الفعل لا يؤدى غالبا لها ، وإنما يسأل عن هذه النتيجة باعتباره شبه عامد [2] .

---

(١) الإيضاح والهشم اسمان لنوعين من الشجاج . والشجاج هى الجراح التى تصيب الرأس والوجه .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٦٧ — الأم ج ٦ ص ٤٥ — الإقناع ج ٤ ص ١٨٦ — المغنى ج ٩ ص ٤١٠ — الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٠٨ .

٢٩٦ - مقارنة بين الآراء الثلاثة : - والقصد الاحتمالى لاوجود له فى جريمة القتل العمد عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد ، بينما يسلم مالك بوجود القصد المحتمل فى القتل العمد ويؤخذ الجانى فى كل الأحوال بقصده المحتمل .

والأصل فى هذا الخلاف أن مالكا يقسم القتل إلى عمد وخطأ فقط ، فكل ماليس خطأ فهو عمد عند مالك ، وكل عمد يكفى فيه قصد العدوان ، ذلك القصد الذى يميز العمد عن الخطأ . أما بقية الأئمة فيقسمون القتل إلى عمد وشبه عمد وخطأ ، ويشترطون فى العمد قصد الفعل وقصد إزهاق روح المجنى عليه ، فإذا قصد الجانى الفعل ولم يقصد القتل فهو شبه عامد لا متعمد ، وعليه عقوبة تقل عن عقوبة العمد وتزيد على عقوبة الخطأ . وهكذا كان اشتراط قصد إزهاق روح المجنى عليه عند من يشترطون هذا الشرط سببا فى امتناع القصد الاحتمالى فى دائرة القتل العمد .

ويسلم الفقهاء جميعا بوجود القصد الاحتمالى فيما دون النفس أى فى الجرح والضرب وما أشبه ، ويتفق مالك وأبو حنيفة فى أخذ الجانى بقصد المحتمل فى كل الأحوال مادام قد تعمد الفعل ، ويظاهرهما على ذلك الرأى المرجوح فى مذهب أحمد . ويتفق الشافعى مع الرأى الراجح فى مذهب أحمد على أن الجانى مسئول عن النتائج التى قصدها باعتباره عامدا ، وأنه يؤخذ بقصده الاحتمالى فيسأل باعتباره عامدا كلما كانت النتائج فى حكم المقصودة ، وتعتبر النتائج كذلك إذا كانت غالبة الوقوع ، فإذا لم تكن نتائج الفعل مقصودة ولا غالبة الوقوع فهى نتائج غير مقصودة أو فى حكم النتائج غير المقصودة ، ولكن لا يسأل عنها الجانى باعتباره مخطئا ؛ لأنه تعمد الفعل ، وإنما يسأل عنها باعتباره شبه عامد ، ويعاقب عليها بعقوبة بين عقوبة العمد وعقوبة الخطأ .

٢٩٧ - بين الشريعة والقانون : - الأساس الأول الذى قامت عليه نظرية القصد الاحتمالى هو جرائم القتل والجرح والضرب ، والأحكام التى

وضعت لهذه الجرائم هى التى بعثت فكرة القصد الاحتمالى إلى الوجود وجعلت منها نظرية خاصة .

وأكثر القوانين الوضعية لاتضع قواعد عامة للقصد الاحتمالى وتكتفى بالنص عليه فى جرائم خاصة هى جرائم الضرب والجرح والجرائم الأخرى التى تؤدى إلى قتل أو جرح ، فقانون العقوبات المصرى مثلا يأخذ الجانى بقصده المحتمل فى جرائم الجرح والضرب (المواد من ٢٤٠ إلى ٢٤٣ عقوبات) وفى جريمة تعذيب متهم لحمله على الاعتراف (المادة ١٢٦ عقوبات) وفى جريمة تعطيل المواصلات أو تعريضها للخطر إذا أدى ذلك إلى جرح إنسان أو موته (المادتان ١٦٧، ١٦٨ عقوبات) وفى جريمة الحريق المتعمد إذا أدى لموت شخص كان موجوداً فى الأماكن المحرقة ، (المادة ٢٥٧ عقوبات) وفى جريمة تعريض الأطفال للخطر إذا نشأ عن ذلك انفصال عضو من أعضاء الطفل ، أو فقد منعته أو نشأ عن ذلك موت الطفل (المادتان ٢٨٥ ، ٢٨٦ عقوبات) . ولم يضع القانون المصرى قواعد عامة للقصد الاحتمالى إلا عندماتعرض لعقوبة الشركاء ، حيث نصت المادة ٤٣ عقوبات على أن : « من اشترك فى جريمة فعليه عقوبتها ، ولو كانت غير التى تعمد ارتكابها ، متى كانت الجريمة التى وقعت بالفعل نتيجة محتملة للتحريض أو الاتفاق أو المساعدة التى حصلت » .

ونظرية القصد الاحتمالى لم تعرف فى القوانين الوضعية إلا أخيرا ، وهى من النظريات المسلم بها علمياً المختلف فى شأنها عملياً ، فالقوانين تختلف فى مدى تطبيقها ، والشراح يختلفون فى تصويرها وتحديدها ، ولكن ما أخذت به القوانين وما يراه الشراح على اختلافهم لايخرج فى مجموعه عن النظريات الثلاث التى عرفها الفقه الإسلامى .

فالقانون المصرى يأخذ فى جرائم القتل والضرب والجرح بنظرية أبى حنيفة ، وإن كان لا يشترط صراحة فى جريمة القتل العمد توفر قصد إزهاق روح القتيل،

لأن هذا الشرط تقتضيه التفرقة بين القتل العمد والضرب المفضى للموت ، وقيام هذا الشرط يؤدى إلى استبعاد القصد الاحتمالى من دائرة جريمة القتل العمد، ويجعل القانون المصرى الجارح والضارب مسئولا عن نتائج فعله سواء قصدها أو لم يقصدها، توقعها أو لم يتوقعها ، وسواء كانت النتائج قريبة الوقوع أو بعيدة الوقوع .

والقانون الفرنسي يأخذ فى جرائم القتل والضرب والجرح بمثل ما أخذ به القانون المصرى ، فمن ضرب إنسانا بعصا فأحدث به جرحا أدى لموته فهو مسئول عن جريمة الضرب المفضى إلى الموت ، وإذا أدى الضرب لعاهة فالجانى مسئول عن إحداث عاهة ، وإذا أعجز الضرب المجنى عليه مدة تزيد على العشرين يوماً ، كان الجانى مسئولا عن هذه النتيجة ، فإن قلت مدة العجز عن ذلك كان الجانى مسئولا على قدر نتيجة فعله ، والجانى يسأل فى كل هذه الأحوال المختلفة باعتباره عامداً لا مخطئاً .

والشراح المصريون والفرنسيون يسلمون بما سبق ، باعتباره مما نص عليه القانون ، ولا يرون الأخذ بالقصد الاحتمالى فى جريمة القتل العمد ؛ لأن الأخذ بنظرية القصد الاحتمالى فى القتل العمد يؤدى إلى اختلاط القتل العمد بالضرب المفضى للموت ، ويجعل التمييز بين هاتين الجريمتين متعذراً ، ولكنهم فيما عدا هذا يصوغون نظريتهم فى القصد الاحتمالى على أساس آخر ، ويجعلون الجانى مسئولا كلما كانت النتائج قريبة ومحتملة الوقوع وفى الإمكان توقعها ، سواء توقعها الجانى بالفعل أو لم يتوقعها .

ويرى بعض الشراح أن يؤاخذ الجانى على أساس أنه متعمد فى حالتين : الأولى : إذا نص القانون على ذلك . والثانية : إذا كانت النتائج من النتائج الملازمة للفعل ، بحيث لا يتصور أن الجانى قصد الفعل دون أن يقصد نتائجه، وفيما عدا هاتين الحالتين يسأل الجانى باعتباره مخطئا[1].

---

(١) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ٣٧٥ - مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ٨٧٧ .

ويستخلص مما سبق أن القانونين : المصرى والفرنسى يأخذان بنظرية أبى حنيفة كاملة فى القتل والضرب والجرح ، كما يأخذان بنظرية مالك فى الضرب والجرح فقط ، ويأخذان بنظرية الشافعى فيما يتعلق بالقتل فقط .

أما نظرية الشراح المصريين والفرنسيين فهى أقرب ما تكون لنظرية الشافعى وأصحاب الرأى الراجح فى مذهب أحمد، ولكن نظرية الفقهاء الإسلاميين أدق منطقاً ومقياساً ؛ لأنها تعطى النتائج الغالبة الوقوع حكم النتائج المقصودة ، وتجعل الجانى فى حكم العامد ، كما أنها تجعل للنتائج التى لا يغلب وقوعها حكما خاصاً ، وتجعل الجانى مسئولا عنها باعتباره شبه عامد . وهذا منطق دقيق واضح ليس فيه تعقيد ولا التواء ، فالمقياس الذى تقاس به مسئولية الجانى عما لم يقصده من نتائج هو غلبة وقوع هذه النتائج ، وهو مقياس عادل ؛ لأن نتائج الفعل الغالبة الوقوع تكون دائمة فى ذهن الجانى ، ولا تكاد تنفصل ذهنياً عن الفعل المادى، فإذا قصد الجانى الفعل فقد قصدها ، وهو مقياس ثابت ؛ لأنه يقوم على أساس مادى ثابت هو غلبة وقوع النتائج ، ولا يقوم على أساس اعتبارى يختلف باختلاف الأشخاص وقدرتهم على التفكير والاستنتاج . أما الشراح فيقيمون نظريتهم على أسس غير ثابتة ، ويقيسون المسئولية بمقاييس ليست دقيقة ، إذ يجعلون الجانى مسئولا عن النتائج كلما كانت قريبة ومحتملة الوقوع وفى الإمكان توقعها ، واشتراط قرب النتائج ليس مقياسا صحيحا ولا أساسا ثابتا مادامت درجة القرب لم تحدد بحد ثابت ، واحتمال وقوع النتائج ليس أساسا ثابتا ولا مقياسا صحيحا ، ومثل ذلك يقال عن إمكان توقع النتائج ، فالنتائج المحتملة قد تكون قريبة وقد تكون بعيدة ، وما يمكن أن يتوقعه شخص قد لا يتوقعه آخر . وما يراه شخص محتملا قد يراه الآخر غير محتمل . ولعل هذه العيوب هى التى دعت بعض الشراح إلى القول بمسئولية الجانى باعتباره عامدا كلما كانت النتائج من النتائج الملازمة للفعل، بحيث لا يتصور أن الجانى قصد الفعل دون أن يقصد نتيجته ، وهؤلاء الشراح

وإن جاءوا بمقياس مادى ثابت إلا أنهم قضوا على نظرية القصد الاحتمالى ؛ لأن النتائج الملازمة للفعل هى نتائجه الطبيعية التى يسأل عنها الجانى على أساس قصده العام دون حاجة إلى اللجوء لنظرية القصد الاحتمالى .

والقانون الإنجليزى لا يشترط فى القتل العمد توفر إرادة القتل عند القاتل ، بل يعتبر محدث القتل قاتلا عمدا متى كان يعلم أو كان فى استطاعته أن يعلم : أن فعله يمكن أن يترتب عليه الموت ، بغض النظر عما إذا كان قد أراد هذه النتيجة أو لم يردها ، وبهذا الرأى أخذ القانون السودانى ، إذ يعتبر القتل عمدا إذا حصل الفعل بقصد تسبيب الموت ، أو إذا علم الفاعل أو كان له داع أن يعلم أن الموت ربما يكون النتيجة المحتملة للفعل ، أو لأى ضرر جسدى كان القصد أن يسببه الفعل[١] .

فالقانون الإنجليزى والقانون السودانى يأخذان الجانى فى القتل العمد بقصده المحتمل ، وهذا يتفق مع النظرية الألمانية التى تأخذ الجانى بقصده الاحتمالى فى القتل العمد وغيره ، كلما تمثل الجانى أو توقع النتيجة أو النتائج التى وقعت ولو لم يقصدها بالذات .

وتتفق النظرية الألمانية والقانون الإنجليزى والقانون السودانى مع مذهب مالك فى مؤاخذة الجانى بقصده الاحتمالى فى القتل العمد ، ولكن مذهب مالك بالرغم من هذا الاتفاق الظاهر يتسع لما تضيق عنه النظرية الألمانية ، ولا تمتد إليه نصوص القانون الإنجليزى أو السودانى ؛ إذ الجانى لا يؤخذ بقصده الاحتمالى عند الألمان ، ولا طبقا للقانونين الإنجليزى والسودانى إلا إذا توقع أن فعله قد يؤدى الموت ، وأما فى مذهب مالك فالجانى يسأل عن القتل ولو لم يقصده أو لم يتوقعه ، فمثلا إذا لطم الجانى شخصا صحيح الجسم بقصد العدوان

---

(١) أحمد بك أمين ص ٣١٩ ــ مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ٨٢٦ .

ودون أن يقصد الجانى القتل أو يخطر فى باله أن فعله قد يؤدى للموت ، فمات المجنى عليه من اللطمة ، فالجانى قاتل متعمد عند مالك[١] ، وليس قاتلا متعمداً طبقاً للنظرية الألمانية أو طبقاً للقانونين الإنجليزى والسودانى .

ولا يفوتنا أن نلاحظ أن المقاييس التى وضعتها النظرية الألمانية والقانونان الإنجليزى والسودانى هى مقاييس شخصية غير ثابتة ، فالجانى طبقاً للنظرية الألمانية يجب أن يتمثل أو يتوقع النتيجة ، والتمثل مسألة داخلية يصعب إثباتها إلا إذا اعترف بها الجانى ، وما قد يتمثله شخص لا يتفق مع ما قد يتمثله آخر مما يصعب معه وضع قاعدة للتمثل والتوقع والجانى طبقاً للقانونين الإنجليزى والسودانى يجب أن يعلم أو أن يكون فى استطاعته أن يعلم أن الفعل قد يؤدى للموت . والعلم أيضاً مسألة داخلية ، ومن الصعب إثباته إلا إذا اعترف به الجانى ، وما قد يعلمه شخص أو يستطيع أن يعلمه قد لا يعلمه ولا يستطيع أن يعلمه شخص آخر ، ومن ثم فليس فى الإمكان وضع قاعدة للعلم واستطاعة العلم .

وقد حاولت التشريعات الوضعية الحديثة أن تضع نصوصاً عامة للقصد الاحتمالى ، ولكن هذه النصوص على اختلافها لا تخرج عما قال به الفقهاء الإسلاميون ، فالقانون المكسيكى الصادر فى سنة ١٩٣١ يجعل الجانى مسئولا باعتباره عامداً عن كل النتائج التى لم يقصدها ، إذا كانت من نتائج الفعل الضرورية أو العادية ، أو كان الجانى قد توقع حدوثها ، أو عزم على مخالفة القانون مهما كانت النتيجة ، وهذا الذى أخذ به القانون المكسيكى إنما هو مزيج من النظريات الإسلامية . والقانون الإيطالى الصادر فى سنة ١٩٣٠ يجعل الجانى مسئولا عن النتائج التى لم يقصدها ويعاقبه بعقوبة أقل من عقوبة العامد

---

(١) كان القضاء الفرنسى يطبق مذهب مالك فى القتل حتى سنة ١٨٣٢ حيث صدر قانون يعاقب على الضرب المؤدى للموت بعقوبة أقل من عقوبة القتل .

وأكثر من عقوبة المخطىء ، ونظرية القانون الإيطالى تقوم على نفس الأسس التى تقوم عليها نظرية الشافعى والرأى الراجح فى مذهب أحمد .

تلكم هى نظريات الفقهاء الإسلاميين فى القصد الاحتمالى ، وهذه هى نظريات شراح القوانين ، وظاهر بجلاء مما قدمنا أن القوانين الوضعية لم تأت بجديد على الشريعة ، وأن الشراح لم يعرفوا فى عهدنا أكثر مما عرفه الفقهاء فى العهود القديمة ، فالشريعة قد أخذت بالقصد الاحتمالى فى دائرة الجرائم التى تصيب النفس وما دون النفس ، والقوانين الوضعية لم تخرج عن هذه الدائرة ، ونظريات الفقهاء الإسلاميين لا تزال كما رأينا أدق منطقاً وأكثر سعة وأفضل صياغة من كل النظريات التى يقول بها شراح القوانين .

المبحث الرابع

أثر الجهل والخطأ والنسيان على المسئولية

٢٩٨ - أثر الجهل على المسئولية الجنائية : من المبادىء الأولية فى الشريعة الإسلامية أن الجانى لا يؤاخذ على الفعل المحرم إلا إذا كان عالماً علماً تاماً بتحريمه ، فإذا جهل التحريم ارتفعت عنه المسئولية .

ويكفى فى العلم بالتحريم إمكانه ، فمتى بلغ الإنسان عاقلا وكان ميسراً له أن يعلم ما حرم عليه إما برجوعه للنصوص الموجبة للتحريم ، وإما بسؤال أهل الذكر اعتبر عالما بالأفعال المحرمة ، ولم يكن له أن يعتذر بالجهل أو يحتج بعدم العلم ولهذا يقول الفقهاء : « لا يقبل فى دار الإسلام العذر بجهل الأحكام » .

ويعتبر المكلف عالماً بالأحكام بإمكان العلم لا بتحقق العلم فعلا ، ومن ثم يعتبر النص المحرم معلوماً للكافة ولو أن أغلبهم لم يطلع عليه أو يعلم عنه شيئاً

مادام العلم به كان ممكناً لهم. ولم تشترط الشريعة تحقق العلم فعلا؛ لأن ذلك يؤدى إلى الحرج و يفتح باب الادعاء بالجهل على مصراعيه و يعطل تنفيذ النصوص .

هذه هى القاعدة العامة فى الشريعة الإسلامية ولا استثناء لها ، وإذا كان الفقهاء يرون قبول الاحتجاج بجهل الأحكام ممن عاش فى بادية لايختلط بمسلمين، أو ممن أسلم حديثاً ولم يكن مقيما بين المسلمين ، فإن هذا ليس استثناء فى الواقع و إنما هو تطبيق للقاعدة الأصلية التى تمنع مؤاخذة من يجهل التحريم حتى يصبح العلم ميسراً له ، فمثل هؤلاء لم يكن العلم ميسراً لهم ، ولا يعتبرون عالمين بأحكام الشريعة . أما إذا كان مدعى الجهل ناشئاً بين المسلمين أو أهل العلم فلا يقبل منه الادعاء بالجهل .

ويلحق الجهل بمعنى النصوص الحقيقى بالجهل بذات النصوص ، فحكمهما واحد ، فلو ادعى الجانى أن النص لايدل على التحريم أو أن نصاً آخر أباح الفعل المحرم ، فإن جهله بالمعنى الحقيقى للنصوص لايرفع عنه المسئوليه الجنائية وهذا هو الخطأ فى التفسير كما نسميه اليوم فى لغتنا القانونية . ومن الأمثلة المشهورة فى الشريعة على الخطأ فى التفسير ، أن جماعة من المسلمين شربوا الخمر فى الشام مستحلين لها مستدلين بقوله تعالى : ﴿ ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا ﴾ [المائدة : ٩٣] فأقيم عليهم حد الخمر .

وتتفق القوانين الوضعية تمام الاتفاق مع الشريعة فيما يختص بأثر الجهل بالقانون على المسئولية الجنائية ، فالقاعدة فى القوانين الوضعية أن الإنسان لايعذر بجهل القانون، وأن عبارة الجهل بالقانون تشمل العلم به والخطأ فى فهمه وتفسيره، ولكن إذا كان الإنسان فى ظروف يستحيل معها العلم بصدور قانون فله أن يحتج بالجهل ، ويضربون لذلك مثلا حالة المحاصرين فى قلعة إذا خرجوا منها وخالفوا قوانين صدرت أثناء ضرب الحصار عليهم، وأساس الخروج على القاعدة أن هؤلاء لم يتيسر لهم العلم بالقانون .

٢٩٩ — أثر الخطأ على المسئولية الجنائية : الخطأ هو وقوع الشيء على غير إرادة فاعله . فالفاعل فى جرائم الخطأ لا يأتى الفعل عن قصد ولا يريده ، وإنما يقع الفعل منه على غير إرادته وبخلاف قصده ، وفى بعض الأحيان يقصد الجانى فعلا معينا ليس جريمة فى ذاته ، فيتولد من هذا الفعل المباح مايعتبر جريمة دون أن يقصد الجانى ماتولد عن فعله . وتعتبر الجريمة المتولدة عن الفعل المبـــاح جريمة غير عمدية ولو أن الجانى قصد الفعل المباح ؛ لأنه قصد بفعله محلا غير المحل المحرم أى غير محل الجريمة . ومثال ذلك أن يتمضمض صائم فيسرى المـاء إلى حلقه ، أو يرمى صائد طيراً فيصيب إنساناً ، فالصائم قصد إدخال المـاء إلى فمه ليتمضمض ولم يقصد إدخاله إلى حلقه ليفطر فهو قد قصد فعلا مباحاً ، ولـكن تولد عن الفعل المباح الذى قصده فعل آخر غير مباح لم يقصده وإنما وقع على غير إرادته . والصائد قصد صيد الطائر ولم يقصد إصابة المجنى عليه ، فهو قد قصد فعلا مباحاً ولـكن تولد عن الفعل المباح الذى قصده فعل آخر غير مباح لم يقصده وهو إصابة المجنى عليه ، ومحل الفعل المقصود هو الطائر ومحل الفعل غير المقصود هو الإنسان .

والمخطىء كالعامد مسئول جنائياً كلما وقع منه فعل يحرمه الشارع ، ولـكن سبب مسئوليتهما مختلف ، فمسئولية العامد سببها أنه قصد عصيان أمر الشارع وتعمد إتيان ماحرمه أو ترك ماأوجبه ، ومسئولية المخطىء سببها أنه عصى الشارع لا عن قصد ولـكن عن تقصير وعدم تثبت واحتياط [1] .

٣٠٠ — المسئولية عن الخطأ استثناء : والأصل فى الشريعة أن المسئولية الجنائية لاتـكون إلا عن فعل متعمد حرمه الشارع ولا تـكون على الخطأ ، لقوله تعالى : ﴿ وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولـكن ماتعمدت قلوبكم ﴾

---

(١) أصول الفقه للخضرى ص ١٣١ .

الأحزاب : ٥] ولقول الرسول عليه السلام : « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولكن الشريعة أجازت العقاب على الخطأ استثناء من هذ الأصل[1] ، من ذلك قول الله تعالى : ﴿ وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ ، ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ..الخ ﴾ [النساء : ٩٢] .

ولما كان الأصل هو العقاب على العمد ، والاستثناء هو العقاب على الخطأ، فإنه يترتب على ذلك أن كل جريمة عمدية يعاقب عليها فاعلها إذا أتاها عامداً ، ولا يعاقب عليها إذا أتاها مخطئا ، ما لم يكن الشارع قد قرر عقوبة لمن أتاها مخطئا ؛ لأن الجريمة بهذا تصبح من جرائم العمد وجرائم الخطأ فى آن واحد . فمن زنا عامداً عوقب بعقوبة الزنا ، ولكن من أتى امرأة أجنبية زفت إليه على أنها امرأته لا عقاب عليه ؛ لأنه أخطأ والجريمة عمدية . ومن سرق عامداً عوقب بعقوبة السرقة ، ولكن من أخذ مال غيره سهواً أو خطأ مع ماله ، لا عقاب عليه ؛ لأنه أخطأ ولم يتعمد الفعل المحرم والجريمة عمدية . ومن شرب الخمر عوقب بعقوبة الشرب ، ولكن من شربها يظنها ماء لا عقاب عليه ؛ لأنه شربها عن غير عمد والجريمة عمدية . وهكذا كل جريمة عمدية أتاها الجانى عامداً فعليه عقوبتها فإذا أتاها مخطئا فلا عقاب عليه ، ويمكن تعليل عدم العقاب بأن الخطأ يعدم ركنا من أركان الجريمة العمدية فلا تتكون الجريمة ، على أن انتفاء المسئولية الجنائية لانعدام ركن من أركان الجريمة لا يمنع من مسئولية الفاعل مسئولية مدنية ، إذ القاعدة فى الشريعة أن الدماء والأموال معصومة ، وأن الأعذار الشرعية لاتنافى عصمة المحل ، فمن زفت إليه امرأة على أنها زوجته فوطئها يحسبها زوجته لا يعاقب جنائياً وإنما عليه مهرها ؛ لأن الوطء فى دار الإسلام لا يخلو من حد أو

(١) الإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم جـ٥ ص ١٤٩ ومابعدها وص ١٥٤ ومابعدها.

مهر ومن أخذ خفية مالا للغير وهو يحسبه ماله ، ثم تصرف فيه لايعتبر سارقاً لانعدام القصد الجنائى ، ولـكنه يلتزم بضمان هذا المال لصاحبه .

أما إذا كانت الجريمة مما يحرم إثباته عمداً أو خطأ . كالقتل والجرح ، فإن العامد يعاقب على فعله بالعقوبة المقررة للعمد ، بينما يعاقب المخطىء بالعقوبة المقررة للخطأ ، وقد بينا من قبل أن الشارع يفرق بين عقوبة العـامد وعقوبة المخطىء ، فيغلظ عقوبة الأول ويخفف عقوبة الثانى[1]

ويلاحظ أن الصالح العام هو الذى اقتضى العقاب على الخطأ ، فهناك من جرائم الخطأ ماله خطورته ويـكثر وقوعه ، كالقتل والجرح خطأ ، ولما كان أساس الخطأ هو التقصير وعدم الاحتياط ، فقد عاقب الشارع على جرائم الخطأ التى يكثر وقوعها ولايخفى خطرها ؛ لأن العقاب عليها يحقق مصلحة عامة إذ يحمل الأفراد على التثبت والاحتياط فيقل هذا النوع من الجرائم .

ولقد نصت الشريعة الإسلامية على جرائم معينة واعتبرت أغلب هذه الجرائم عمدية وأقلها من جرائم الخطأ ، ولما كان الأصل هو العقاب على الجرائم العمدية والاستثناء هو العقاب على الخطأ فإنه لايجوز لولى الأمر أن يعاقب من ارتـكب خطأ جريمة عمدية إلا إذا كان فى ذلك تحقيق مصلحة عامة ، وهذا يصدق على الجرائم متى حرمتها الشريعة ، أما الجرائم التى يحرمها أولو الأمر فلهم فيها أن يعاقبوا على العمد والخطأ مع مراعاة قاعدة الشريعة الأصلية ، وهى أن العقاب على العمد هو الأصل ، وأن العقاب على الخطأ هو الاستثناء ، وأن العقاب على الخطأ لا محل له مالم يحقق مصلحة عامة[2] .

---

(١) راجع الفقرة ٢٨٥ .

(٢) لايجيز المعتزلة العقاب على الخطأ إلا مانص عليه ، وحجتهم أن المؤاخذة تـكون بالجناية، والجناية لاتـكون إلا بالقصد ، والخطأ لا قصد فيه فلا جناية فيه ولامؤاخذة عليه ، ولـكن الجمهور يرى أن فى الخطأ عدم التثبت والاحتياط الواجبين ، فمن تسبب فى خطأ أو باشره ، فقد أتى بجناية وجازت مؤاخذته ، راجع فواتح الرحموت لعبد العلى الأنصارى ج ١ ص ١٦٦ .

٣٠١ - أنواع الخطأ : - الخطأ فى الشريعة على نوعين : خطأ متولد ، وخطأ غير متولد .

الخطأ المتولد : هو ما تولد عن فعل مباح أو فعل أتاه الفاعل وهو يعتقد أنه مباح ، والخطأ المتولد إما أن يكون مباشرا كمن يرمى طائرا فيصيب شخصا ، وكمن يرمى جنديا فى صفوف الأعداء أو عليه لباسهم معتقدا أنه من العدو ثم يتبين أنه من جنود الوطن . وإما أن يكون بالتسبب كمن يحفر بئرا فى الطريق العام بإذن من ولى الأمر ولا يتخذ الاحتياطات لمنع المارة من السقوط فيها .

الخطأ غير المتولد : هو كل ما عدا الخطأ المتولد ، وهو إما أن يكون خطأ مباشرا فيقع من المخطىء مباشرة دون واسطة ، كما لو انقلب نائم على صغير بجواره فقتله ، و إما أن يكون خطأ بالتسبب ، وهو ما يتسبب فيه المخطىء دون أن يقع منه مباشرة ، كما لو حفر شخص بئرا فى الطريق العام دون إذن ولى الأمر فوقع فيها أحد المارة ، وكما لو وضع شخص أحجارا فى الشارع العام دون إذن فاصطدم فيها شخص وأصيب .

ويطلق بعض الفقهاء على الخطأ المتولد المباشر لفظ الخطأ مطلقا من كل قيد ، ويسميه بعضهم الخطأ المحض ، أما الخطأ المباشر غير المتولد ، والخطأ بالتسبب متولدا وغير متولد ، فيسمونه اصطلاحا ماجرى مجرى الخطأ[1] ومن الفقهاء من لا ينوع الخطأ ولا يفرق بين صوره المختلفة ويسميها جميعا خطأ .

٣٠٢ - أساس الخطأ : أساس الخطأ فى الشريعة هو فى الأصل عدم التثبت والاحتياط ، ولكن لا يشترط مع هذا لمسئولية المخطىء أن يقع منه تقصير فى كل الأحوال ، وإنما يشترط وقوع التقصير فى الخطأ المتولد ، أما فيما عداه فالتقصير

---

(١) راجع الفقرة ٢٨٥ .

مفترض شرعا فى الجانى ولا يعفى من المسئولية إلا إذا ثبت أنه ألجىء إليه إلجاء .

ويسير الفقهاء على قاعدتين عامتين يحكمان الخطأ ، وبتطبيقهما نستطيع أن نقول : إن شخصا ما ، أخطأ أو لم يخطىء[1] :

القاعدة الأولى : إذا أتى الجانى فعلا مباحا أو يعتقد أنه مباح فتولد عنه ماليس مباحا فهو مسئول عنه جنائيا ، سواء باشره أو تسبب فيه ، إذا ثبت أنه كان يمكنه التحرز منه ، فإذا كان لا يمكنه التحرز منه إطلاقا فلا مسئولية

القاعدة الثانية : ـ إذا كان الفعل غير مباح فأتاه الجانى أو تسبب فيه دون ضرورة ملجئة ، فهو تعد من غير ضرورة ، ومانتج عنه يسأل الجانى جنائيا سواء كان مما يمكن التحرز عنه أو مما لا يمكن التحرز عنه .

٣٠٣ ـ نوع من الخطأ عند مالك : ـ و يعتبر مالك من الخطأ الأفعال التى يأتيها الجانى بقصد التأديب أو اللعب إذا أدت لموت المجنى عليه أو جرحه ، وقد أخذ بهذا الرأى نتيجة لعدم اعترافه بشبه العمد ؛ لأن القتل عنده ليس إلا عمداً أو خطأ ، والعمد ماقصد فيه الجانى العدوان ، والخطأ هو ما عدا ذلك،ومن يأت الفعل بقصد التأديب أو اللعب لا يتوفر لديه قصد العدوان بحسب رأى مالك ومن ثم اعتبر فعله خطأ لاعمداً .

٣٠٤ ـ الخطأ فى الشخص والخطأ فى الشخصية : ـ يراد بالخطأ فى الشخص أن يقصد الجانى قتل شخص معين فيصيب غيره ، و يراد بالخطأ فى الشخصية أن يقصد الجانى قتل شخص على أنه زيد فيتبين أنه عمرو . والخطأ فى الشخص والخطأ فى الشخصية نوعان من الخطأ المتولد،فالخطأ فى الشخص هو خطأ فى الفعل، فمن يرمى شخصا معينا فيخطئه و يصيب غيره فقد أخطأ فى فعله ، والخطأ الذى وقع فيه متولد عن فعله الذى قصده . أما الخطأ فى الشخصية فهو خطأ فى ظن

(١) بدائع الصنائع حـ ٧ ص ٢٧١ ، ٢٧٢ .

الفاعل وقصده ، فمن رمى شخصاً على أنه زيد ثم تبين أنه رمى عمراً فقد أخطأ فى قصده ، والخطأ الذى وقع فيه تولد عما ظنه صحيحاً وقصده .

وقد اختلف الفقهاء فى حكم الخطأ فى الشخص والشخصية ، فرأى البعض أن الجانى يسأل عن الجريمة باعتباره متعمداً ، ورأى البعض أن الجانى يسأل عن الجريمة باعتباره مخطئا .

فأما القائلون بأن الجانى يعتبر عامداً فهم أغلب الفقهاء فى مذهب مالك وبعض فقهاء المذهب الحنبلى ، وهؤلاء يفرقون بين ما إذا كان الفعل المقصود أصلا محرماً أو غير محرم ، فإن كان الفعل المقصود أصلا محرماً فإن الخطأ فى الفعل أو فى الظن لا يؤثر على مسئولية الجانى شيئاً ؛ لأنه تعمد فى الأصل فعلا محرماً فهو جان متعمد ، فمن أراد قتل زيد فأخطأه وقتل عمراً يعتبر قاتلا عمداً لعمرو ، ومن قتل عمراً حاسباً أنه زيد يعتبر قاتلا عمداً لعمرو . أما إذا كان الفعل المقصود أصلا غير محرم فإن الخطأ فى الفعل أو فى الظن يكون له أثره على مسئولية الجانى؛ لأنه قصد فعلا مباحاً فإذا أخطأ فى فعله أو فى ظنه فهو جان مخطىء لا متعمد ، فمن رمى صيداً أو غرضاً فأخطأه وقتل آدمياً يعتبر قاتلا خطأ ، ومن رمى حربياً أو مهدر الدم فأخطأه وقتل معصوماً يعتبر كذلك قاتلا خطأ ، ومن قتل عمراً وهو يحسبه زيداً المهدر الدم يعتبر أيضاً قاتلا خطأ [1] .

وأما القائلون بأن الجانى يعتبر مخطئاً فهم فقهاء مذهبى أبى حنيفة والشافعى وبعض الحنابلة ، وهؤلاء جميعاً يرون أن من قصد قتل شخص أو إصابته فأخطأ فى فعله وقتل أو أصاب غيره ، أو أخطأ فى ظنه ، وتبين أنه قتل أو أصاب غير من قصده ، فإن الجانى يكون مسئولا عن القتل أو الجرح الخطأ فقط ، سواء كان الفعل

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠ ــ ٢٤٣ ــ الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٥ المغنى ج ٩ ص ٣٣٩ .

الذى قصده أصلا مباحاً أو محرماً ؛ لأن الجانى لم يقصد قتل من قتل ولا إصابة من أصيب ، ولو علم بأنه يخطىء ما أقدم على الفعل[(١)].

ويفرق بعض الفقهاء في مذهب مالك بين الخطأ فى الشخص والخطأ فى الشخصية ، ويرون أن الجانى يسأل باعتباره مخطئاً فى حالة الخطأ فى الشخص سواء كان الفعل الذى قصده أصلا مباحاً أو محرماً ، أما فى حالة الخطأ فى الشخصية فيسأل الجانى باعتباره عامداً كلما كان الفعل الذى قصده أصلا محرما .

ورأى القائلين باعتبار الجانى عامداً إذا كان الفعل المقصود أصلا محرماً ، يتفق مع رأى شراح القانون المصرى ، ورأى أغلب الشراح الفرنسيين ، ورأى القائلين باعتبار الجانى مخطئاً فى كل الأحوال يتفق مع النظرية الألمانية ، أما القائلون بالتفرقة بين الخطأ فى الشخص والخطأ فى الشخصية فيتفق رأيهم مع ما يقول به بعض الشراح الفرنسيين[(٢)].

٣٠٥ - أثر النسيان على المسئولية : — النسيان هو عدم استحضار الشىء فى وقت الحاجة إليه . وقد قرنت الشريعة الإسلامية النسيان بالخطأ فى قوله تعالى : ﴿ ربنا لاتؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا ﴾ [البقرة : ٢٨٦] وفى قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان » .

وقد اختلف الفقهاء فى حكم النسيان ، فرأى البعض أن النسيان عذر عام فى العبادات والعقوبات ، وأن القاعدة العامة فى الشريعة أن من فعل محظوراً ناسياً فلا إثم عليه ولاعقاب ، لكن الناسى إذا أعفى من المسئولية الجنائية فإنه

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٣٤ - نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٢٣٧ - الإقناع جـ ٤ ص ١٦٨ - المغنى جـ ٩ ص ٣٣٩ .

(٢) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص٣٥٦ ومابعدها، القانون الجنائى لعلى بدوى ص ٣٥٦ .

لا يعفى من المسئولية المدنية ؛ لأن الأموال والدماء معصومة والأعذار الشرعية لاتتنافى مع عصمة المحل[١]، وطبقاً لهذا الرأى لا يعاقب الناسى إذا ارتكب فعلا محرماً مادام قدأتى الفعل وهولايذكرأنه محرم،ولكن النسيان لايسقط الواجبات بل على الناسى إتيانها حين يذكرها أو يذكر بها ، و إلا وجبت عليه العقوبة المقررة.

ويرى البعض أن النسيان عذر بالنسبة للمؤاخذة فى الآخرة ؛ لأن العقوبة الأخروية تنقضى على القصد ولاقصد للناسى . أما بالنسبة لأحكام الدنيا فلا يعتبر النسيان عذراً معفياً من العقوبة الدنيوية إلا فيما يتعلق بحقوق الله تعالى ، فإنه يعتبر عذراً فيها بشرط أن يكون هناك داع طبيعى للفعل ، وأن لا يكون هناك ما يذكر الناسى بما نساه . ويضربون مثلا لذلك أكل الصائم ناسياً فإن طبع الإنسان يدعوه للأكل وليس هناك ما يذكره بالصوم . أما ما يتعلق بحقوق الأفراد فالنسيان لا يعتبر فيها عذراً بأى حال[٢].

وإذا كانت بعض الجرائم مما يمس حقوق الله كالزنا وشرب الخمر وماأشبه، إلا أنه يمكن القول بأن الجرائم التى يعتبر النسيان فيها عذراًيندر وقوعها ؛ لأن نسيان الفعل المحرم نادر فى ذاته ؛ ولأن الجريمة التى تنسى يجب أن يندفع إليها الناسى بدوافع طبيعية كما يجب أن لايكون هناك ما يذكره بالتحريم . ويمكننا أن نتصور من أسلم حديثاً يعطش فيشرب الخمر ناسيا ، ومن طلق امرأته طلاقاً بائناً يأتيها وهى فى العدة ناسياً .

وسواء أخذ بهذا الرأى أو بالرأى السابق فإن ادعاء النسيان وحده لايعفى من العقاب ، وإنما يجب قبل كل شىء أن يثبت الجانى أنه ارتكب الجريمة ناسياً

(١) أعلام الموقعين جـ٢ ص١٤٠ — المستصفى للغزالى جـ١ ص ٨٤ — الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى جـ ١ ص ٢١٧ — الإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم جـ ٥ ص ١٤٩ وما بعدها .

(٢) أصول الفقه للخضرى ص١١٩ — مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص٣٧٤ — الأشباه والنظائر ص ١٦٦ ، ١٦٧ .

وهذا عمل من الصعوبة بمكان، ومن ثم كان مبحث النسيان فى الجرائم مبحثاً قليل الأهمية، إذ يندر أن يستطيع شخص أن يثبت بدليل مقنع أنه ارتكب الجريمة ناسياً.

والنسيان عند أصحاب الرأى الأخير لا يسقط الواجبات أيضاً، فالواجب يظل واجباً على الناسى، وعليه أن يفعله كما أن النسيان يعتبر شبهة تدرأ العقوبة كلما وجبت عقوبة الحد على الناسى، وإذا درئت عقوبة الحد حل محلها التعزير، فأثر النسيان على الجرائم طبقاً للرأى الأخير قاصر على إعفاء الناسى من العقوبة فى بعض الأحوال ودرء عقوبة الحد عنه فى حالات أخرى.

المبحث السادس

أثر الرضا بالجريمة على المسئولية الجنائية

٣٠٦ — أثر الرضا على المسئولية الجنائية: — الأصل فى الشريعة الإسلامية أن رضاء المجنى عليه بالجريمة وإذنه فيها لا يبيح الجريمة ولا يؤثر على المسئولية الجنائية إلا إذا هدم الرضا ركناً من أركان الجريمة كالسرقة والغصب مثلا، فإن الركن الأساسى فى الجريمتين هو أخذ المال على غير رغبة المجنى عليه، فإذا رضى المجنى عليه بأخذ المال كان الفعل مباحاً لا جريمة.

وهذه القاعدة العامة تطبقها الشريعة بدقة على كل الجرائم ما عدا جرائم الاعتداء على النفس ومادونها، أى جرائم القتل والجرح والضرب، وكان المنطق يقضى أن تطبق القاعدة على هذه الجرائم أيضاً؛ لأن الرضا لا يهدم ركناً من أركان جريمة القتل أو الجرح أو الضرب، ولكن الذى منع من تطبيق هذه القاعدة هو وجود قاعدة أخرى خاصة بهذه الجرائم، وهى أن للمجنى عليه وأوليائه حق العفو عن العقوبة الأصلية فى الجناية على النفس ومادون النفس، فلهم أن يعفوا عن القصاص إلى الدية، ولهم أن يعفوا عن الدية والقصاص معاً فلا يبقى بعد ذلك إلا تعزير الجانى إن رأى ذلك أولو الأمر، أى من لهم حق التشريع.

وقد أدى وجود القاعدتين معاً إلى اختلاف الفقهاء على المدى الذى تطبق فيه كل قاعدة ، كما جعل آراء الفقهاء فى القتل تختلف عن آرائهم فى القطع والجرح ، ولهذا سنتكلم أولا عن الرضاء بالقتل، ثم نتكلم بعد ذلك عن الرضاء بالقطع والجرح .

٣٠٧ - الرضاء بالقتل : يرى أبو حنيفة وأصحابه أن الإذن بالقتل لا يبيح الفعل ؛ لأن عصمة النفس لاتباح إلا بما نص عليه الشرع، والإذن بالقتل ليس منها ، فكان الإذن عدماً لا أثر له على الفعل ، فيبقى الفعل محرماً معاقبا عليه باعتباره قتلا عمداً ، لكنهم اختلفوا فيما بينهم على العقوبة التى توقع على الجانى ، فرأى أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد أن يدرأوا عقوبة القصاص عن الجانى، وأن تكون العقوبة الدية على أساس أن الإذن بالقتل شبهة ، وأن الرسول صلى الله عليه وسلم يقول : « ادرأوا الحدود بالشبهات » والقصاص معتبر حداً ، فكل شبهة تقوم فى فعل مكون لجريمة عقوبتها القصاص يدرأ بها الحد عن الجانى ، ورأى زفر أن الإذن لا يصلح أن يكون شبهة ، ومن ثم فهو لا يدرأ القصاص ، فوجب أن يكون القصاص هو العقوبة[١] .

والرأى الراجح فى مذهب مالك أن الإذن بالقتل لا يبيح الفعل ولا يسقط العقوبة ، ولو أبرأ المجنى عليه الجانى من دمه مقدما ؛ لأنه أبرأه من حق لم يستحقه بعد ، وعلى هذا يعتبر الجانى قاتلا عمداً ، وبعض أصحاب هذا الرأى يرى أن تكون العقوبة القصاص حيث لا يعتبر الإذن شبهة ، والبعض الآخر يعتبر الإذن شبهة تدرأ القصاص و يوجب الدية بدلا من القصاص .

أما الرأى المرجوح فى مذهب مالك — و ينسبه ابن عرفة لسحنون — فهو أن الإذن بالقتل لا يبيح الفعل ، ولكنه يسقط عقوبتى القصاص والدية معا ، وإن

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٦ .

كان لا يمنع من التعزير ، ولكن الرأى المعروف عن سحنون فى العتبية[١] أنه يدرأ القصاص عن الجانى للشبهة ويوجب الدية[٢] .

وفى مذهب الشافعى رأيان : أولها - أن الإذن فى القتل يسقط عقوبتى القصاص والدية ولا يبيح الفعل . وثانيهما - أن الإذن فى القتل لا يبيح الفعل ولا يسقط العقوبة ، وبعض أصحاب هذا الرأى يرى فى الإذن شبهة تدرأ القصاص وتوجب الدية ، وبعضهم الآخر يوجب القصاص ولا يرى فى الإذن شبهة[٣] .

ويرى أحمد وأصحابه أن الإذن فى القتل يسقط العقوبة عن الجانى ؛ لأن من حق المجنى عليه العفو عن العقوبة ، والإذن بالقتل يساوى العفو عن عقوبة القتل[٤] ، وهذا التعليل هو نفس ما يقول به أصحاب الرأى الأول فى مذهب الشافعى .

٣٠٨ - الرضاء بالجرح والقطع : يرى أبو حنيفة وأصحابه أن الإذن بالقطع والجرح يترتب عليه منع العقوبة ؛ لأن الأطراف عندهم يسلك بها مسلك الأموال ، وعصمة المال تثبت حقا لصاحبه ، فكانت العقوبة على القطع والجرح محتملة السقوط بالإباحة والإذن . ولكنهم اختلفوا فيما إذا أدى الجرح أو القطع للموت ، فأبو حنيفة يرى الفعل قتلا عمداً ؛ لأن الإذن كان عن الجرح أو القطع فلما مات تبين أن الفعل وقع قتلا لا جرحا ولا قطعا ، ومن ثم فعليه عقوبة القتل العمد ، ولما كان الإذن يعتبر شبهة تدرأ القصاص فيتعين أن تكون العقوبة الدية ، أما أبو يوسف ومحمد فمن رأيهما أنه إذا أدى الجرح

---

(١) اسم كتاب فى فقه مذهب مالك .

(٢) مواهب الجليل للحطاب ج ٦ ص ٢٣٥ ، ٢٣٦ — الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٣ .

(٣) نهاية المحتاج الجزء السابع ص ٤٢٨ .

(٤) الإقناع ج ٤ ص ١٧١ .

أو القطع للموت فلا شيء على الجانى إلا التعزير ؛ لأن العفو عن الجرح أو القطع عفو عما تولد منه وهو القتل[1] .

ومذهب مالك على أن الإذن بالقطع أو الجرح لا عبرة به إلا إذا استمر المجنى عليه مبرئًا له بعد الجرح أو القطع ، فإن لم يبرىء المجنى عليه الجانى بعد الجرح أو القطع فقد وجبت العقوبة المقررة وهى القصاص أو الدية إذا امتنع القصاص لسبب شرعى ، أما إذا استمر المجنى عليه مبرئًا للجانى ، فإن العقوبة المقررة أصلا وهى القصاص والدية تسقط ويحل محلها التعزير ، هذا إذا لم يؤد الجرح أو القطع للموت ، فإذا أدى إليه اعتبر الجانى قاتلا عمداً ووجبت عقوبة القتل العمد[2] .

والإذن بالجرح والقطع يسقط العقاب فى مذهب الشافعى ما لم تر الجماعة عقابه تعزيراً ، فإذا أدى الجرح أو القطع إلى الموت فمن فقهاء المذهب من يرى مسئولية الجانى عن القتل العمد ، ولكنه يدرأ القصاص لشبهة الإذن ، فتكون الدية هى العقوبة ، ومن فقهاء المذهب من يرى امتناع العقاب ؛ لأن الموت تولد عن فعل مأذون فيه[3] ، والإذن يسقط العقوبة .

والإذن بالجرح والقطع عند أحمد كالإذن بالقتل مسقط للعقوبة وإن كان الإذن لا يبيح الفعل ؛ لأن للمجنى عليه الحق فى إسقاط العقوبة ، وقد أسقطها بإذنه[4] .

٣٠٩ – أسباب الخلاف بين الفقهاء فى الإذن بالقتل والجرح :

أساس الاختلاف فى هذه المسألة أن للمجنى عليه وأوليائه العفو عن العقوبة فى القتل والجرح ، والعقوبة أصلا هى القصاص ، فإذا امتنع لسبب شرعى حلت

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٦ ، ٢٣٧ .
(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٣ .
(٣) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٨ ، ٢٩٦ – تحفة المحتاج ج ٤ ص ٣٠ ، ٣١ .
(٤) الإقناع ج ٤ ص ٢٧١ .

محله الدية ، وللمجنى عليه وأوليائه أن يعفوا عن القصاص إلى الدية ، وأن يعفوا عن الدية والقصاص معاً ، فإذا عفوا سقطت العقوبة المقررة للقتل أو الجرح ولم يبق إلا عقوبة التعزير إن رأى ولاة الأمور تقريرها فى حالة العفو .

وعلى هذا الأساس قام اختلافهم فى القتل ، فمن قال : بأن الإذن يمنع من العقاب اعتبر الإذن عفواً مقدماً ورتب عليه سقوط العقوبة ، ومن قال بأن الإذن لا يمنع من العقاب رأى أن الإذن لا يعتبر عفواً ؛ لأن الفعو عن القتل يستدعى وجود القتل ، فإذا جاء العفو قبل القتل فهو عفو غير صحيح ؛ لأنه لم يصادف محله ، ومعنى ذلك أن حق المجنى عليه فى العفو لا ينشأ إلا بعد وقوع الجريمة ، فإذا عفا قبل وقوعها فقد وقع عفوه لغواً ؛ لأن حقه لم يكن نشأ بعد حتى يعفو عنه ، ومن جعل العقوبة الدية اعتبر الإذن شبهة تدرأ الحد أى القصاص ، ومن قال بالقصاص لم يجعل الإذن شبهة دارئة للقصاص .

أما فى حالة الجرح الذى لم يؤد لموت المجنى عليه ، فمن قال بإسقاط العقوبة اعتبر الإذن بالجرح أو القطع عفواً مقدماً ، واعتبره عفواً صحيحاً ؛ لأنه استمر حتى تم إحداث الجرح أو القطع ، ومن قال بعدم سقوط العقوبة اعتبر الإذن السابق باطلا ؛ لأنه لم يصادف محله واشترط لإسقاط العقاب أن يبرىء المجنى عليه الجانى بعد الجرح أو القطع .

ومن أسقط العقاب فى الجرح المؤدى للموت اعتبر الموت متولداً عن الجرح ، وهو مأذون فيه وما تولد عن معفو عنه أخذ حكمه . ومن رأى العقاب اعتبر الإذن عن جرح لا عن قتل ، فإذا ظهر أن الفعل قتل فهو غير مأذون فيه ، لكنه مع ذلك اعتبر الإذن الباطل شبهة تدرأ القصاص .

٣١٠ — بين الشريعة والقانون : القاعدة العامة فى القوانين أن رضاء المجنى عليه بالجريمة لا يبيح القتل ولا يرفع العقاب إلا إذا كان الرضاء يعدم ركناً من أركان الجريمة ، وفى هذا تتفق القوانين مع الشريعة إلا أن القوانين الوضعية

تجعل الرضاء ركنا فى بعض الجرائم التى لايغير الرضاء من طبيعتها شيئاً ، كالزنا فإن الرضاء به لا يغير من طبيعة الجريمة ، ولا يحيل الفعل من عمل مناف للأخلاق خارج على المألوف ، إلى عمل متفق مع الأخلاق والعادات المألوفة ، ومثل ذلك اللواط ، وهتك العرض . وهذا لايتفق مع مبادىء الشريعة ، كما أنه خروج من القوانين على القاعدة العامة التى ذكرناها ، إذ المفروض فى الرضاء أن يؤثر على أركان الجريمة الطبيعية ، كما هو الحال فى السرقة ؛ إذ أن الرضاء يعدم الجريمة ، أما الرضاء فى الزنا ، فلا أثر له إطلاقا ، والفعل فى حالة الرضاء وعدمه زنا لاشك فيه ، فى لسان العرف ، والعادات ، والأخلاق ، وآداب الجماعة .

ويلاحظ أن رضاء المجنى عليه بالجرح والقطع والقتل فى الشريعة الإسلامية لا أثر له على تكوين الجريمة . وإنما أثره قاصر على إسقاط العقوبة ؛ لا لأن المجنى عليه أو أولياءه رضوا بالجريمة ، وإنما ؛ لأن من حقهم العفو عن العقوبة .

والشريعة حين تقرر للمجنى عليه ووليه حق العفو فى الجرائم التى ذكرناها لا تأتى بمبدأ غريب على القوانين ، فقد عرفت القوانين الوضعية مبدأ منح المجنى عليه حق العفو عن العقوبة ، وطبقته فى الجرائم التى تمس العرض ، فالقانون المصرى مثلا يعطى للزوج حق العفو عن عقاب زوجته الزانية ، فإذا عفا سقطت عنها العقوبة ، ولو كان قد حكم بها وبدىء فى تنفيذها ، على أن هناك فرقاً بين الشريعة والقوانين فى هذه المسألة ، فالشريعة إذا أعطت للمجنى عليه أو وليه حق العفو عن العقوبة ، فإنما أعطته حق العفو عن العقوبة الأصلية فقط ، وهى القصاص أو الدية ، ولم ترتب على عفوه سقوط حق الجماعة فى العقاب بصفة مطلقة ، بل تركت للجماعة أن تعاقب الجانى إذا شاءت بعقوبة أقل شدة من العقوبة الأصلية ، فالعفو فى جرائم القتل والجرح يؤدى إلى إسقاط حق المجنى عليه فى التعويض ، وإلى استبدال عقوبة مخففة بعقوبة مغلظة ، ولكنه لا يؤدى إلى إسقاط العقاب كلية ، بينما العفو عن الزوجة الزانية طبقا للقانون المصرى يمنع من عقابها بأية عقوبة أخرى ، ومعنى

ذلك : أن حق العفو الذى منحته الشريعة للمجنى عليه مقيد بمصلحة الجماعة ، بينما حق العفو الذى تمنحه القوانين للمجنى عليه غير مقيد بقيد ما .

وإذا كانت القوانين الوضعية لا تعطى المجنى عليه أو وليه حق العفو فى جرائم القتل والجرح والضرب، فإن عفو المجنى عليه أو وليه يؤدى عملا إلى مثل ما أدت إليه نظرية الشريعة فى هذه المسألة ، إذ القوانين الوضعية تجعل للقتل ، والجرح عادة عقوبتين ، وتترك للقاضى أن يختار إحداهما ، كما أنها تترك للقاضى أن يستبدل بالعقوبات الأصلية عقوبات أخف منها إذا اقتضت ظروف الجانى والجناية هذا التخفيف ، ولاشك فى أن عفو المجنى عليه وأوليائه من أهم الظروف التى تدعو إلى تخفيف العقوبة على الجانى ، كما أن العفو يؤدى بطبيعته إلى إسقاط التعويض المدنى ، وبهذا ينتهى العفو فى دائرة القوانين من الوجهة العملية ، إلى مثل النتائج التى يؤدى إليها العفو فى الشريعة الإسلامية .

على أن بعض القوانين الوضعية كالقانون الألمانى تجعل لرضاء المجنى عليه فى حالة القتل والشروع فيه أثراً على العقوبة ، وتفرق بين هذه الحالة وحالة القتل العمد بدون رضاء المجنى عليه ، وتجعل القتل برضاء المجنى عليه جريمة من نوع خاص ، وتعاقب عليها بعقوبة تقل عن عقوبة القتل العمد . وما هذه المبادىء القانونية إلا تطبيق لنظرية الشريعة الإسلامية .

وتمتاز نظرية الشريعة بأن فيها أسهل الحلول للمعضلة التى تواجه المحاكم وشراح القانون اليوم ، وهى قتل المريض الميئوس منه لتخليصه من آلامه .

٣١١ — الانتحار والمسئولية الجنائية : تحرم الشريعة الإسلامية الانتحار كما تحرم القتل ، وقد جاء التحريم فى القرآن ، كما جاءت به السنة ، فالله تعالى يقول : ﴿ ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق﴾ والانتحار قتل نفس ، ويقول جل شأنه : ﴿ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما ﴾ ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « من قتل نفسه بحديدة فحديدته فى يده يجأ بها فى بطنه فى نار جهنم خالداً

مخلدا فيها أبدا ، ومن قتل نفسه بسم فسمه فى يده يتحساه فى نار جهنم خالداً مخلداً فيها أبدا ، ومن تردى من جبل فقتل نفسه، فهو متردٍ فى نار جهنم خالداً مخلداً فيها أبدا » والانتحار قد يكون عمداً ، وقد يكون خطأ وكلاهما محرم .

وإذا نجحت عملية الانتحار ومات المنتحر ، فلا عقوبة عليه ؛ لأن العقوبة تسقط بالموت ، ولكن الفقهاء اختلفوا فى الكفارة ، فرأى مالك وأبو حنيفة أن لا كفارة فى قتل النفس مطلقاً ، ويظاهرهما على هذا الرأى فى مذهب أحمد . أما الشافعى فيرى أن من قتل نفسه عمداً أو خطأ وجبت الكفارة فى ماله . ويرى بعض الفقهاء فى مذهب أحمد ما يراه الشافعى من وجوب الكفارة فى قتل النفس ، ولكنهم لا يوجبون الكفارة إلا فى مال من قتل نفسه خطأ[1]. والكفارة عقوبة تعبدية يقصد منها مصلحة الجانى نفسه، فمن أوجبها فى مال المنتحر فقد راعى هذه الناحية.

ويترتب على تحريم الانتحار ، أن يعاقب شريك المنتحر ؛ سواء كان الاشتراك بالتحريض ؛ أو الاتفاق ، أو العون .

وإذا لم يمت من حاول الانتحار ، عوقب على محاولته الانتحار ، وعوقب معه شركاؤه فى الجريمة ، وعقوبة الجميع هى التعزير .

وطريقة الشريعة فى تحريمها الانتحار والعقاب على الاشتراك والشروع فيه ، تتفق مع ما يأخذ به الكثير من القوانين الوضعية الحديثة ، كالقانون الإنجليزى ، والسودانى ، والإيطالى وغيرها . أما القانون المصرى ، والقانون الفرنسى ، فلا يعتبر الانتحار فيهما جريمة ؛ وكذلك لا يعتبر الاشتراك فى الانتحار .

٣١٢ — إصابة الشخص نفسه: وتحرم الشريعة على الإنسان أن يصيب نفسه نفسه بأذى عمداً أو خطأ ؛ فليس له أن يجرح نفسه أو يقطع طرفه أو غير ذلك، فإن فعل . عوقب على ذلك بعقوبة تعزيرية ، وإذا كان من المحرم أن يصيب

---

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ٩٥ — نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٥ ، ٣٦٦ — المغنى ج ١٠ ص ٣٨ ، ٣٩ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٢ — شرح الدردير ج ٤ ص ٢٥٤ — مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٨ .

الإنسان نفسه ، فإن من المحرم على غيره أن يشترك معه فى تلك الجريمة .

وتتفق الشريعة فى هذا مع كثير من القوانين الوضعية ، و إن كانت بعض القوانين ؛ كالقانون المصرى تجعل التحريم مقصورا على أشخاص معينين، وفى حالات معينة .

٣١٣ ـ المبارزة والمسئولية الجنائية : ـ المبارزة قتال بين شخصين قد يكون متفقا عليه من قبل ، وقد ينشب دون سابقة اتفاق . وقد يحرص كل من المتبارزين على قتل صاحبه ، وقد ينوى أن يجرحه حتى يعجزه عن المبارزة ، ولا يشترط فى المبارزة أن تكون بسلاح معين ، فيصح أن تكون بالسيوف أو الخناجر ، ويصح أن تكون بالأسلحة النارية ، ويصح أن تكون بالعصى ، و يصح أن تكون بالأيدى ، والمهم فى المبارزة أن يحرص كل على قتل صاحبه ، أوجرحه ، أو إيذائه ، فإن كانت المبارزة مقصوداً بها مجرد إظهار المهارة والتفوق ، ولم يقصد بها الإيذاء ، فهى نوع من ألعاب الفروسية التى تبيحها الشريعة ، وسنتكلم عليها فيما بعد . أما المبارزة المقصود بها الإيذاء أو الجرح أو القتل ، فهى محرمة شرعا ؛ لأنها ليست إلا قتلا أو جرحا أو إيذاء ، وهذه أفعال تحرمها الشريعة تحريما قاطعا ، فمن تبارز مع آخر فقتله ، فهو قاتل متعمد إذا تعمد قتله ، و إذا جرحه وهو يقصد قتله فأدى الجرح لموته ، فهو قاتل متعمد ، أما إذا جرحه بقصد تعطيله فقط ، ولم يقصد قتله ، فهو جارح عمدا ، فإن أدى الجرح لموته ، فهو قاتل شبه متعمد .

ولا تبيح الشريعة المبارزة لإيذاء الخصم إلا فى الحرب ، ففى الحرب تجوز المبارزة مع المحارب ، و يباح قتله ، وجرحه ، و إيذاؤه ؛ لأن دمه مهدر ، كذلك تجوز مبارزة الباغى وقت الحرب ولو أنه مسلم ؛ لأن البغاة تهدر دماؤهم وقت الحرب . ولقد دعى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد للبراز فأجاب ، وأذن لأصحابه فى البراز يوم بدر ، ويوم الخندق، والفقهاء يبيحون البراز ، سواء دعا إليه المقاتل ابتداء أو كان إجابة لدعوة غيره ، ولكن أبا حنيفة ، لا يبيح للمقاتل أن يدعو

للبراز مبتدئا ؛ لأن ذلك تطاول و بغى فى رأيه ، بينما بقية الفقهاء يرون الدعوة للبراز ابتداء نوعا من إظهار القوة وإرهاب العدو [١] .

و يجب أن نفرق فى المبارزة المحرمة بين حالتين . الأولى: ماإذا أحل كل من المتبارزين زميله من دمه ، وفى هذه الحالة تطبق القواعد الخاصة برضاء المجنى عليه بالقتل والجرح وقد سبق أن بينا هذه القواعد . الثانية: إذا لم يحل أحد المتبارزين الآخر من دمه ، وفى هذه الحالة تطبق على القاتل أو الجارح النصوص الخاصة بالقتل والجرح ، ولا يكون لاتفاق المتبارزين على المبارزة أثر على العقوبة الواجبة ؛ لأن الاتفاق على المبارزة ليس معناه الرضاء بالقتل والجرح .

فالمبارزة فى الشريعة تخضع للنصوص العامة التى تحرم القتل والجرح ؛ لأن المبارزة تؤدى للقتل والجرح . وهناك نصوص يمكن أن يستدل بهاعلى تحريم المبارزة ، ومن ذلك ما رواه أبو بكرة حيث يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إذا التقى المسلمان بسيفهما فالقاتل والمقتول فى النار » فقلت : يارسول الله هذا القاتل فما بال المقتول ؟ قال:« إنه كان حريصاعلى قتل صاحبه»، ومن ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: « سباب المسلم فسوق وقتاله كفر »،ولكننا لسنا فى حاجة لهذه النصوص الخاصة لتحريم المبارزة ؛ لأن النصوص العامة التى حرمت القتل والجرح كفيلة بهذا التحريم .

و إذا أدت المبارزة إلى قتل أحد المتبارزين أوجرحه فإن القتل والجرح ينسب لفاعله فقط ، ولا ينسب للمتبارزين معا ، ولا يعتبر اتفاقهما على المبارزة ونشوء القتل والجرح عن التقائهما اشتراكا منهما فى القتل أو الجرح قياسا على التصادم ؛ لأن القتل أوالجرح الناشىء عن التصادم مترتب على فعل المتصادمين معا ، وعلى القوة الناشئة من اصطدامهما ، أما القتل والجرح فى حالة البراز فناشىء عن فعل أحد

---

(١) الأحكام السلطانية ص ٣١ وما بعدها ــ مواهب الجليل للحطاب الجزء الثالث ص ٣٥٩ ــ أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٩٢ ــ المغنى الجزء العاشر ص ٣٩٤ وما بعدها

المتبارزين وقوته ولا أثر لفعل الآخر وقوته فى إحداث القتل أو الجرح . فإذا تصادمت سيارتان ونشأعن اصطدامهما قتل شخص أوجرحه ، فإن القوة التى أدت للقتل أو الجرح ترجع إلى قوة اندفاع السيارتين معا والتقاء هاتين القوتين ، ولو لم تلتق هاتان القوتان لما حدث القتل أو الجرح . أما فى المبارزة فقدرة كل مبارز وقوته هى التى ينشأ عنها فعله فإذا ضرب أحدهما الآخر فجرحه أوأطلق عليه رصاصة فأصابته ، فليس لقوة المصاب أو عمله دخل فى إصابته [1]

وتتفق نظرية الشريعة الإسلامية فى المبارزة مع أغلب القوانين الوضعية الحديثة ، فإنها تحرم المبارزة وتعاقب عليها باعتبار ما يحدث عنها قتلا أو جرحا أو إيذاء ، ومن هذه القوانين القانون المصرى والقانون الفرنسى . وهناك قوانين أخرى تحرم المبارزة ولكنها تعاقب على ماينشأ عنها بعقوبات خاصة ، بدلا من تطبيق عقوبة القتل والجرح ، ومن هذه القوانين القانون الإيطالى والقانون البولندى [2]

المبحث السادس

الأفعال المتصلة بالجريمة وعلاقتها بالمسئولية الجنائية

٣١٤ — الأفعال المتصلة بالجريمة : الأفعال المتصلة بالجريمة لا تعدو أن تكون فعلا من ثلاثة . فهى إما مباشرة ، وإما سبب ، وإما شرط . والتمييز بين هذه الأفعال الثلاثة ضرورى للتمييز بين الجانى وغير الجانى .

---

(١) راجع كتاب القصاص لأحمد محمد إبراهيم ص ١١٣ وما بعدها ، فإنه يعطى المبارزة حكم الاصطدام وهو رأى غير منطقى ، كما أنه يؤدى إلى اعتبار كل تشاجر أو اعتداء فى حكم الاصطدام ، كلما وقف المجنى عليه موقف المدافع أو المقاوم .

(٢) شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ٤٦١ .

المباشرة : هى ماأحدث الجريمة بذاته دون واسطة وكان علة للجريمة ، كذبح شخص بسكين فإن الذبح يحدث الموت بذاته ، وهو فى الوقت نفسه علة الموت ، وكالخنق فإنه يحدث الموت بذاته ، وهو فى الوقت نفسه علة للموت ، وكإشعال نار فى الشىء المحترق ، فإن إشعال النار يحدث الحريق بذاته وهو فى الوقت نفسه علة الحريق ، وكأخذ السارق مال الغير من حرزه خفية ، فإن الأخذ يحدث السرقة وهو علة لها ، وكتناول الخمر فإنه يحدث جريمة الشرب وهو فى الوقت نفسه علة لها .

السبب : هو ما أحدث الجريمة لا بذاته بل بواسطة وكان علة للجريمة ، كشهادة الزور على برىء بأنه قتل غيره فإنها علة للحكم على المشهود عليه بالموت ولكن الشهادة لاتحدث بذاتها الموت ، و إنما يحدث الموت بواسطة فعل الجلاد الذى يتولى تنفيذ حكم القاضى الذى صدر بالموت . وكحفر بئر فى طريق المجنى عليه وتغطيتها بحيث إذا مر عليها سقط فيها وجرح أومات ، فالحفر هو علة الموت أو الجرح ولكن الحفر لا يحدث الجرح أو الموت بذاته ، وإنما يحدثه بواسطة سقوط المجنى عليه فى البئر .

ونستطيع أن نفرق بين المباشرة والسبب بأن المباشرة تولد الجريمة دون واسطة وأن السبب يولد المباشرة أو هو واسطة لتولد المباشرة التى تتولد عنها الجريمة .

وللسبب ثلاثة أنواع :

(ا) سبب حسى : وهو ما يولد المباشرة توليدا محسوسا مدركا لا شك فيه ولاخلاف عليه سواء كان السبب معنويا أوماديا ، كالإكراه على القتل والجرح فإنه يولد فى المكره داعية القتل والجرح دون شك ، وكحفر بئر فى طريق المجنى عليه وتغطيتها ، حتى إذا مامر عليها سقط فيها ومات أوجرح ، فلاشك أن الحفر هو الذى تولد عنه التردى ثم الموت أوالجرح ، وكإشعال النار فى البيت الذى ينام فيه المجنى عليه حتى إذا ما استيقظ كانت النار قد أحاطت به وقضت عليه ، وكإطلاق حيوان مفترس على المجنى عليه بقصد قتله فيفترسه الحيوان ، وكأمر طفل غير مميز بقتل

شخص فيقتله ، فهذه كلها أسباب مادية ومعنوية تؤدى إلى الجريمة بطريق محسوس مدرك لا يشك فيه ولا يختلف عليه .

(ب) سبب شرعى: وهو مايولد المباشرة توليدا شرعيا ، أى : أساسه النصوص الشرعية ، كشهادة الزور بالقتل والسرقة فإنها تولد فى القاضى داعية الحكم بالموت على القاتل والقطع على السارق ، وتنفيذ الحكم يؤدى إلى مباشرة الموت والقطع ، وكتعمد القاضى أن يحكم ظلما بالقتل أو القطع ؛ فإن تنفيذ هذا الحكم يؤدى إلى مباشرة الموت أو القطع .

(ج) سبب عرفى : وهو ما يولد المباشرة توليدا عرفيا لا حسيا ولا شرعيا ، كترك الطعام المسموم فى متناول الضيف ، وكالقتل بوسيلة معنوية مثل الترويع والتخويف والسحر . ويدخل تحت السبب العرفى الأسباب الحسية التى بعدت فأصبحت مشكوكا فيها أو مختلفا عليها ، ومثل ذلك إشعال نار فى مسكن شخص بقصد قتله ، فإن إشعال النار سبب محسوس الموت إذا مات المجنى عليه محترقا ، ولكن إذا أنقذ المجنى عليه ووضع فى مستشفى لعلاجه فانهدم المستشفى على المجنى عليه ومات تحت الأنقاض ، فإن إشعال النار يصبح سببا للموت مشكوكا فيه أو مختلفا عليه ، وينقلب إلى سبب عرفى .

والسبب العرفى قد يكون ماديا وقد يكون معنويا ، ويسمى السبب بالعرفى لأن حد السببية فى النوع هو الحد المتعارف عليه ، أى ما أقره عرف الناس وقبلته عقولهم [١] .

الشرط : هو مالا يحدث الجريمة وهو علة لها ، ولكن وجوده جعل فعلا آخر محدثا للجريمة وعلة لها . ومثل ذلك أن يلقى إنسان بآخر فى بئر حفره ثالث لغير غرض القتل فيموت الثانى ، فإن ما أحدث الموت وكان علة له هو

---

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٤٠ – الوجيز للغزالى ص ١٢٢ وما بعدها – أسنى المطالب ج ٤ ص ٤ .

الإلقاء فى البئر لا حفر البئر ، ولـكن الإلقاء ما كان يمكن أن يكون له أثره الذى حدث لولا وجود البئر ، فوجود البئر شرط لجريمة القتل التى وقعت بواسطة الإلقاء فى البئر .

٣١٥ - حكم المباشرة والسبب والشرط : صاحب الشرط لا مسئولية عليه ما دام لم يقصد بفعله التدخل فى الجريمة أو تسهيلها أو الإعانة عليها ؛ لأن فعله لم يحدث الجريمة ولم يكن علة لها ، ولو اقتصر الأمر على فعله ما وقعت الجريمة بأى حال ، وإذا كان الفعل شرطاً لوقوع الجريمة إلا أن فاعله لم يأته بقصد إجرامى. ولـكن صاحب الشرط يسأل جنائياً عن فعله إذا قصد به التدخل فى الجريمة أو تسهيلها أو الإعانة عليها ، فإذا أسقط شخص آخر فى بئر حفرت للرى فمات من سقطته فلا مسئولية على حافر البئر ، لـكن إذا حفر البئر بقصد تسهيل الجريمة فحافره مسئول ، ومن يستدرج القتيل لمحل قتله مسئول إذا قصد تسهيل الجريمة ، ولا يسأل إذا كان لا علم له بما دبر للقتيل[1] .

أما صاحب المباشرة والتسبب فـكلاهما مسئول عن فعله ؛ لأنه علة للجريمة ولا يمكن أن تحدث الجريمة بدونه ، على أن الأمر فى تحديد المسئولية يدق إذا كان المجنى عليه قادراً على دفع أثر فعل المباشر والمتسبب ، وقد وضع بعض الفقهاء القواعد الآتية لحـكم هذه الحالة :

أولا : إذا كان الفعل مؤدياً بطبيعته للجريمة والدفع غير موثوق به ، فإن المباشر أو المتسبب يسأل عن الجريمة ، ولا عبرة بسكوت المجنى عليه عن دفع الفعل أو إهماله فى ذلك ؛ لأن الفعل هو الذى أحدث الجريمة وهو علتها ، وليس لسكوت المجنى عليه عن دفع الجريمة أو إهماله دخل فى حدوث الجريمة ، ولا يمكن عقلا أن يكون علة لها ، فمن أحدث بآخر جرحاً بقصد قتله فمات من

---

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ٦ .

الجرح فالفاعل مسئول عن القتل العمد ولو امتنع المجنى عليه عن معالجة الجرح أو أهمل فى علاجه .

ثانياً : إذا كان الفعل لا يؤدى بطبيعته للجريمة وكان الدفع موثوقاً به فلم يدفع المجنى عليه الفعل ، فنى هذه الحالة يسأل الجانى عن الفعل فقط ولا يسأل عن النتيجة التى ترتبت عليه ؛ لأن الفعل لم يحدث النتيجة ولم يكن علتها ، و إنما الذى أحدثها هو عدم الدفع من جهة المجنى عليه ، ومثل ذلك أن يلقى شخص بآخر فى ماء قليل لا يغرق ، فيبقى هذا الآخر مستلقياً فى الماء حتى يدركه النوم أو حتى تتصلب أطرافه من البرد فيغرق ، فمسئولية الجانى قاصرة على الإلقاء فى الماء فقط ولا يسأل عن نتيجة الإلقاء فى الماء وهى الموت ؛ لأن الموت لم ينشأ عن إلقاء الميت فى الماء و إنما كان نتيجة بقائه فى الماء ، على أنه يشترط أن يكون الميت قد بقى فى الماء مختاراً مع قدرته على الخروج منه ، فإذا حدث له شلل أو كسر أو إغماء نتيجة إلقائه فى الماء فعاقه عن الخروج أو غرق نتيجة لذلك ، فالإلقاء فى الماء هو الذى أحدث الجريمة وهو علتها ، ومن ثم يسأل عن القتل من باشر الإلقاء أو تسبب فيه .

ولا خلاف بين الفقهاء على هذا المبدأ ولكنهم يختلفون فى تطبيقه ، فالشافعية مثلا يرون أن من فصد فلم يربط جرحه حتى نزف دمه ومات لا يسأل من فصده عن القتل ؛ لأن الفصد لا يؤدى بطبيعته للموت ولأن الميت لو ربط محل الفصد لما نزف ، والحنابلة يرون أن من أحدث الفصد مسئول عن القتل ؛ لأنه أحدث الجرح الذى أدى للموت ؛ ولأن الدفع ليس موثوقاً به[1] .

ثالثاً : إذا كان الفعل يؤدى بطبيعته للجريمة والدفع سهل ، كما لو ألقى من يحسن السباحة فى ماء مغرق فلم يسبح وترك نفسه يغرق ، وكما لو ألقى شخص فى نار قليلة يستطاع الخروج منها فبقى فيها حتى احترق ، فنى هاتين الحالتين وأمثالهما

---

(١) الوجيز ج ٢ ص ١٢٢ وما بعدها — المغنى ج ٩ ص ٣٢٦ .

خلاف ، فالبعض يرى أن الفاعل قاتل ؛ لأن الإلقاء فى الماء يدهش الملقى عن السباحة فيغرق ؛ ولأن أعصاب الملقى فى النار تتشنج بإلقائه فى النار فتعسر عليه الحركة ؛ ولأن العادة أن لا يستسلم الناس للموت فيكون الموت نتيجة للإلقاء . ويرى البعض أن الفاعل لا يعتبر قاتلا مادام المجنى عليه كان يستطيع السباحة فلم يفعل ، والخروج من النار فبقى فيها[1] ، وكلا الفريقين يرى الجانى مسئولا جنائياً ، ولكن الفريق الأول يجعله مسئولا عن نتيجة الفعل ، بينما يجعله الفريق الآخر مسئولا عن الفعل دون نتيجته قياساً على الحالة الثانية ، وأكثر الذين يعتبرون الفاعل قاتلا يعتبرونه قاتلا شبه عمد لا قاتلا عمداً ؛ لأن الفعل لا يؤدى غالباً للموت .

٣١٦ - الفرق بين مسئولية المباشر ومسئولية المتسبب : الأصل فى الشريعة الإسلامية أن المباشر والمتسبب كلاهما مسئول جنائياً عن فعله ، لكن المساواة فى المسئولية لا تستلزم تساويهما فى العقوبة فى جرائم الحدود ؛ لأن القاعدة فى جرائم الحدود أن عقوبة الحد لا تجب إلا على مباشر[2] فلا يمكن إذن أن يعاقب المتسبب بعقوبة حد ، وإنما يعاقب بعقوبة تعزيرية ، ويمكن تعليل هذه القاعدة بأن الأصل فى الجرائم ارتكابها بطريق المباشرة ، وأن جرائم الحدود يغلب ارتكابها بطريق المباشرة ويقل ارتكابها بطريق التسبب فخصصت عقوبة الحدود لشدتها بما هو أصل وبما يغلب وقوعه .

أما جرائم القصاص فعقوباتها وإن كانت مقدرة كعقوبات الحدود إلا أنها تقع على المباشر والمتسبب معاً عند مالك والشافعى وأحمد ؛ لأن هذه الجرائم تقع غالباً بطريق التسبب فلو قصرت عقوباتها على المباشر فقط لتعطلت نصوص

---

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٣ ، ٢٤٥ - المغنى ج ٩ ص ٣٢٦ - البحر الرائق ج ٨ ص ٢٩٤ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠ - الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٥ ، ٢١٦ .

(٢) المهذب ج ٢ ص ١٨٩ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٤٢ .

القصاص لإمكان الجانى أن يعدل عن طريق المباشرة إلى طريقة التسبب[1] .
ولكن أبا حنيفة لا يسوى بين عقوبة القتل العمد المباشر والقتل العمد بالتسبب[2]
مع أنه يعتبر الفعل فى الحالين قتلا عمداً ، وهو يخصص عقوبة القصاص للقاتل المباشر ويدرأها عن القاتل المتسبب ، وحجته فى هذا أن عقوبة القتل العمد هى القصاص ، ومعنى القصاص المماثلة ، والقصاص فى ذاته قتل بطريق المباشرة . فيجب أن يكون الفعل المقتص عنه قتل بطريق المباشرة مادام أساس عقوبة القصاص المماثلة فى الفعل ، فمن حفر بئراً ليسقط فيها آخر بقصد قتله لا يقتص منه ؛ لأن الحفر سبب القتل ولكنه لم يؤد إليه مباشرة ، ومن شهد على آخر زوراً بأنه ارتكب جريمة عقوبتها القتل فحكم عليه بالقتل على أساس هذه الشهادة المزورة لا يقتص منه ؛ لأن الشهادة وإن كانت سبب الحكم بالإعدام إلا أنها لم تؤد لإعدام المشهود عليه مباشرة[3] .

وفى جرائم التعزير لا فرق بين عقوبة المباشر والمتسبب ، فالعقوبات المقررة لهما واحدة ، ولكن هذا لا يقتضى التسوية بينهما فى نوع العقوبة التى توقع على كليهما ومقدار هذه العقوبة ؛ لأن عقوبات التعازير غير مقدرة ، وللقاضى حرية فى اختيار العقوبة من بين عقوبات معينة ، وتحديد مقدار العقوبة من بين حديها الأدنى والأعلى

٣١٧ - مدى مسئولية المباشر والمتسبب إذا اجتمع سبب ومباشرة : -

إذا اجتمع سبب ومباشرة فلا يخرج الأمر فى تحديد مسئولية المتسبب والمباشر عن حالة من ثلاث : —

---

(١) المغنى ج ٩ ص ٣٣١ - أسنى المطالب ج ٤ ص ٥ وما بعدها — مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤١ .

(٢) يعتبر أبو حنيفة القتل بالتسبب قتلا مباشراً إذا كان من باشر القتل أداة فى يد المتسبب كما فى حالة الإكراه .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٩ .

الأولى : — أن يغلب السبب المباشرة : ويتغلب السبب على المباشرة إذا لم تكن المباشرة عدوانا ، وفى هذه الحالة تكون المسئولية على المتسبب دون المباشر، كقتل المحكوم عليه بالإعدام بناءعلى شهادة الزور ، فتنفيذ الحكم بمعرفة الجلاد هو المباشرة وشهادة الزور هى السبب ، ولما كان فعل الجلاد لايعتبر عدوانا كان صاحب السبب أى شاهد الزور هو القاتل ، وهكذا كلما تغلب السبب على المباشرة انتفت مسئولية المباشر ووقعت المسئولية على عاتق صاحب السبب[١] .

الثانية : — أن تغلب المباشرة السبب : — وتتغلب المباشرة على السبب إذا قطعت عمله ، كمن ألقى إنساناً فى ماء بقصد إغراقه فخنقه آخر كان يسبح فى الماء ، وكمن ألقى بإنسان من شاهق فتلقاه آخر قبل وصوله إلى الأرض فقط رقبته بسيف ، أو أطلق عيارا ناريا قتله قبل وصوله إلى الأرض ، فالمسئول عن القتل فى هذه الصور هو المباشر وعليه وحده القصاص ، أما المتسبب فيعزر على فعله فقط ولا يحاسب على نتيجته وهى الموت .

ويرى البعض أن المباشرة لاتقطع عمل السبب إذا كانت السلامةمن السبب غير متوقعة ، كمن رمى آخر من شاهق لايمكن أن يسلم منه فتلقاه آخر قبل أن يصل إلى الأرض وقدّه بالسيف ، فإن السبب فى هذه الحالة يعتدل مع المباشرة ، ويكون كل من المباشر والمتسبب مسئولين عن القتل ؛ لأن عمل كل منهما يتمم عمل الآخر ، أما إذا كان السبب يسلم منه فتقطع المباشرة عمل السبب على الوجه الذى سبق بيانه[٢] ، والمفروض فى الأمثلة السابقة أن المباشر والمتسبب ليس بينهما اتفاق على الجريمة .

ويرى أبو حنيفة أن المباشرة تغلب السبب دائما كلما اجتمعا وكانت المباشرة

---

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ٦ — مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤١ .
(٢) المغنى ج ٩ ص ٣٨٥ .

عدوانا ، بحيث يضاف الحكم إلى المباشر دون المتسبب[١] وإضافة الحكم إلى المباشر دون المتسبب لا يترتب عليها إعفاء المتسبب فهو مسئول عن فعله كلما كان فعله معصية .

وأهمية هذه القاعدة لاتظهر إلا فى جرائم الحدود والقصاص ؛ لأن تغليب المباشرة على السبب وإضافة الحكم إلى المباشر يؤدى إلى قصر عقوبة الحد والقصاص على المباشر دون غيره ، ويجعل عقوبة المتسبب التعزير كلما تغلبت المباشرة على السبب .

الثالثة : — أن يعتدل السبب والمباشرة : — بأن يتساوى أثرهما فى إحداث الجريمة ، وفى هذه الحالة يكون المتسبب والمباشر مسئولين معا عن نتيجة الفعل ، كالإكراه على القتل والأمر به ؛ فإن المكره والآمر مسئولان عن القتل كما يسأل المكره والمأمور .

وعند أبى حنيفة أن السبب لا يعتدل مع المباشرة أبداً ؛ لأنه يضيف الحكم للمباشرة كلما اجتمعت مع سبب وكانت عدواناً ، وهو فى هذا يخالف مايراه مالك والشافعى وأحمد ، وإذا كان أبو حنيفة يعتبر المكره مسئولا عن القتل فليس ذلك لأنه يرى اعتدال السبب مع المباشرة ، وإنما ؛ لأنه يعتبر صاحب السبب مباشراً إذا كان المباشر آلة فى يده .

٣١٨ — رابطة السببية والمسئولية : — ويشترط لمسئولية الجانى عن الجريمة التى تنسب إليه أن تكون ناشئة عن فعله ، وأن يكون بين الفعل الذى أتاه والنتيجة التى يسأل عنها رابطة السببية .

وقد لا يصعب القول بوجود رابطة السببية بين فعل الجانى ونتيجته ، إذا كان فعل الجانى مباشرة لاتصال الفعل بالنتيجة اتصالا مباشراً . أما إذا كان فعل

---

(١) الأشباه والنظائر ص ٨١ — مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة ص ٥٨١ .

الجانى سبباً فقد يصعب فى كثير من الأحوال القول بوجود رابطة السببية بين الفعل والنتيجة حيث لا يتصل الفعل اتصالا مباشراً بنتيجته ، وتتجلى هذه المصاعب كلما تعددت العلل المؤدية للنتيجة فساعد بعضها عمل البعض ، أو قطع بعضها عمل البعض ، وكلما بعدت النتائج ، وتوالدت الأسباب بينها و بين الأفعال، وسنستعرض فيما يأتى هذه المصائب ونبين حكمها .

٣١٩ - تعدد العلل المسببة للنتيجة : القاعدة أن الجانى يسأل عن نتيجة فعله إذا كان فعله وحده هو علة النتيجة ، أو كان لفعله إذا نظر إليه منفرداً عن غيره[١] دخل فى إحداث النتيجة ، فالجانى مسئول عن نتيجة فعله سواء كان هو الذى أحدث النتيجة وحده أو كان أحد العوامل التى اشتركت فى إحداثها ، فمن أحدث بآخر جرحاً قاتلا بقصد قتله فأدى الجرح للموت فهو مسئول عن القتل العمد ، و إذا كان بالمجنى عليه إصابات قاتلة من قبل فأحدث به الجانى إصابة أخرى قاتلة فمات منها جميعاً ، فالجانى مسئول عن القتل العمد ، ولو أن الموت نتيجة لكل هذه الإصابات ، و يستوى أن تكون الإصابات التى كانت بالمجنى عليه ناشئة عن فعله هو كما لو جرح نفسه أو عن فعل غيره ، كما لو ضربه إنسان أو نهشه حيوان .

و إذا كان بالمجنى عليه إصابات قاتلة سببها فعل مباح كالدفاع الشرعى مثلا، فأحدث به آخر إصابة أو إصابات أخرى عدواناً بقصد قتله فمات من جميع الإصابات ، فالجانى مسئول عن القتل العمد ، ولو أن بعض الإصابات التى أدت للموت ناشئة عن فعل مباح ، وكذلك الحكم لو كانت الإصابات السابقة غير عمدية ، وهو نفس الحكم لو كانت الإصابات غير العمدية أو الناشئة عن فعل مباح لاحقة بالإصابات التى أحدثها الجانى وليست سابقة عليها .

وإذا كانت بعض الإصابات أفحش من بعض ، فإن الجانى الذى أحدث

(١) المفروض أن الجانى لا علاقة له بغيره من الفاعلين .

أبسط الإصابات مسئول عن القتل العمد ما دامت إصابته مهلكة بذاتها أو لها دخل في القتل على انفرادها ، كما أنه لا عبرة بعدد الإصابات التي يحدثها كل جان ، فلو كان بشخص مائة إصابة أدت إلى قتله ، فالجاني الذي أحدث واحدة منها فقط مسئول عن القتل مادام لإصابته دخل في القتل على انفرادها ولو كانت بقية الإصابات من فعل شخص واحد .

وإذا أساء المجني عليه علاج نفسه أو أهمل العلاج ، أو سمح لطبيب بعلاج جرحه أو بإجراء عملية فأخطأ العلاج أو قصر في العملية ، وساعد كل ذلك على إحداث النتيجة فإن الجاني مع ذلك يسأل عن القتل العمد ، مادام فعله مهلكا بذاته ، أو كان له منفرداً دخل في إحداث النتيجة .

وإذا كان المجني عليه مريضاً أو ضعيفاً أو صغيراً فيعتبر الجاني مسئولا عن قتله عمداً إذا ضربه أو جرحه ضرباً أو جرحاً لا يقتل الصحيح أو الكبير ، مادام من شأن هذا الضرب أو الجرح أن يقتل المريض والضعيف والصغير .

٣٢٠ - انقطاع فعل الجاني : — ويسأل الجاني عن نتيجة فعله مالم ينقطع فعل الجاني بفعل آخر يتغلب عليه ويقطع عمله ، ففي هذه الحالة يسأل الجاني عن الفعل دون نتيجته ، فمن يجرح إنساناً جرحاً قاتلا بقصد قتله يعتبر قاتلا له عمداً إذا مات من الجرح ، ولكن إذا جاء ثالث فقطع رقبة الجريح فهو القاتل ، والأول جارح لا قاتل ؛ لأن فعله انقطع عمله وانقضى أثره بفعل الثالث .

ويسأل الجاني عن الفعل دون نتيجته إذا انقطع أثر الفعل فلم يؤد للنتيجة ، ولو كان الجاني قاصداً النتيجة ، فمن يجرح إنساناً قاصداً قتله فيشفى الجرح يسأل باعتباره جارحاً لا قاتلا ؛ لأن الجرح انقطع أثره فلم يؤد للموت .

٣٢١ - توالى العلل والمسببات : - قلنا : إن الجاني يسأل عن نتيجة فعله إذا كان فعله وحده هو علة النتيجة ، أو كان لفعله إذا نظر إليه منفرداً عن غيره دخل في إحداث النتيجة ، وهذه هي القاعدة العامة في الشريعة ، ومن السهل تطبيقها

كلما كان فعل الجانى علة مباشرة للنتيجة ، كذبح شخص بسكين ؛ فإن الذبح علة مباشرة للموت . ولكن المسائل لا تعرض دائماً بهذه السهولة ، فهناك حالات كثيرة لا يكون فيها فعل الجانى هو العلة المباشرة للنتيجة ، وإنما تتولد العلل وتتوالى بين الفعل والنتيجة بحيث تضعف صلة السببية بين الفعل المنسوب للجانى والنتيجة التي يسأل عنها ، و بحيث يبعد الفعل عن النتيجة ، ولا يكون سبباً مباشراً لها ، ومثل ذلك أن يحدث الجانى بالمجنى عليه جرحاً بقصد قتله فينقل المجنى عليه إلى المستشفى فيحدث حريق بالمستشفى يموت فيه المجنى عليه ، فهل يسأل الجانى عن الموت باعتبار أن الجرح الذى أحدثه سبب نقل المجنى عليه إلى المستشفى ، وأن النقل تولد عنه موت المجنى عليه محترقا ، أم يسأل الجانى عن الجرح فقط ؟ ومثل ذلك أيضا أن يشهد شخصان زوراً على آخر بأنه قتل ثالث ، فيحكم على المتهم البرىء بالقتل و ينفذ فيه ، ثم تتبين بعد ذلك براءته ، فهل يعتبر شاهد الزور قاتلا باعتبار أن فعله علة للحكم ، وأن الحكم تولد عنه الأمر بالتنفيذ، وأن الأمر بالتنفيذ تولد عنه قيام الجلاد بقتل المحكوم عليه ؟

ولحل هذه الصعوبات يفرق الفقهاء بين ثلاثة أنواع من العلل والأسباب :

أولها ـ العلل والأسباب الحسية : وهى العلل التى تتولد عنها النتائج توليداً محسوسا مدركا لاشك فيه ولا خلاف عليه ، بغض النظر عما إذا كانت النتيجة قد تولدت عن العلة مباشرة أو كانت قد تولدت عن علة متولدة عن العلة الأولى، فكلما كان فعل الجانى علة محسوسة ومدركة للنتيجة فهو مسئول عن النتيجة ، كإشعال النار فى بيت المجنى عليه بقصد قتله ، حتى إذا ما استيقظ كانت النار قد أحاطت به فلم يستطع النجاة ومات محترقا ، فإن الجانى وضع النار فى المنزل وكان وضعها علة فى احتراق المنزل ، وكان إحراق المنزل علة فى موت المجنى عليه محترقا .

ثانيها ـ العلل والأسباب الشرعية : ـ وهى العلل والأسباب التى تولد

نتائج يسأل عنها الجانى بمقتضى النصوص الشرعية ، كاعتبار شاهد الزور فى جريمة القتل قاتلا للمحكوم عليه . وهذا النوع من العلل يتحمل الجانى نتيجته التى ترتبها عليه النصوص مهما بعدت النتائج وضعفت صلة السببية بين النتائج والفعل .

ثالثها: العلل والأسباب العرفية : وهى كل علة أو سبب لا يولد النتائج توليدا حسياً ولا شرعياً، ويدخل تحت هذا النوع من العلل كل ما لا يدخل تحت النوعين السابقين . وتنسب العلة أو السبب إلى العرف؛ لأن حد السببية هو الحد المتعارف عليه أى : ما أقره عرف الناس وقبلته عقولهم .

وحكم هذا النوع من العلل أن الجانى يتحمل النتائج مهما توالدت العلل والأسباب ، إذا كان العرف يقضى بمسئولية هذه النتائج ، أما إذا كان العرف يمنع من مسئوليته عن النتائج فلا يسأل عنها ، فمثلا لو خرق شخص قارباً يركبه المجنى عليه بقصد إغراقه فى لجة لا نجاة منها فلما أشرف القارب على الغرق ألقى المجنى عليه بنفسه فى الماء سابحاً فالتقمه حوت ، فإن الجانى يسأل عن القتل ولو أن فعل الجانى وهو خرق القارب لم يكن العلة أو السبب المباشر المؤدى للموت بل كان علة لغرق القارب ، وكان غرق القارب علة لإلقاء المجنى عليه بنفسه فى الماء ، وكانت هذه العلة الأخيرة علة لالتهام الحوت له ، وهذه العلة الأخيرة هى التى أدت مباشرة للموت ، ويسأل الجانى عن النتيجة التى ترتبت على فعله مع توالد العلل وتواليها وبعد النتيجة عن فعله ؛ لأن العرف يعتبر صلة السببية قائمة بالرغم من ذلك كله ويعتبر الجانى قاتلا . وإذا ضرب الجانى شخصاً بقصد قتله فأحدث به إصابات استلزم علاجها وضع المجنى عليه فى مستشفى ، ثم حدث زلزال أدى لهدم المستشفى وموت المجنى عليه تحت الأنقاض ، فإن الجانى يسأل باعتباره جارحا فقط ، ولا يسأل عن النتيجة النهائية وهى الموت ، ولو أن الموت كان علة لوجود المجنى عليه بالمستشفى وكان وجوده بالمستشفى علة لفعل الجانى؛ لأن العرف لا يعتبر الجانى قاتلا فى هذه الحالة . والساحر الذى يمارس أعمال السحر والشعوذة

بقصد قتل إنسان معين لايسأل عن القتل إذا مات الشخص المقصود ، وإنما يسأل عن الأفعال التى أتاها دون نتيجتها ؛ لأن عرفنا اليوم لا يعترف بأن السحر يؤدى للقتل .

٣٢٢ - نظرية السببية فى الشريعة : - ويمكننا أن نستخلص مما سبق نظرية السببية فى الشريعة وهى أن الجانى لايسأل عن نتيجة فعله إلا إذا كان بين الفعل والنتيجة رابطة السببية ، وهى الرباط الذى يربط الفعل الحاصل من الجانى بالنتيجة التى يسأل عنها ، أوهى الرباط الذى يربط السبب بالمسبب والعلة بالمعلول ، فإذا توفرت هذه الرابطة كان الجانى مسئولا عن نتيجة فعله ، وإذا انعدمت رابطة السببية بين الفعل ونتيجته ، أو قامت هذه الرابطة ثم انقطعت قبل تحقق النتيجة سواء كان الانقطاع طبيعيا أو بفعل شخص آخر ، فإن الجانى يسأل عن فعله فقط ولا يسأل عن نتيجته .

ولا يشترط أن يكون فعل الجانى هو السبب الوحيد المحدث للنتيجة ، بل يكفى أن يكون فعل الجانى سببا فعالا فى إحداث النتيجة ، ويستوى بعد ذلك أن يكون فعل الجانى هو الذى سبب النتيجة وحده ، أو سببها معه أفعال أو عوامل أخرى ترجع إلى فعل المجنى عليه أو الغير ، أو ترجع إلى حالة المجنى عليه الطبيعية أو الصحية .

والجانى مسئول عن نتيجة فعله سواء كان فعله علة مباشرة للنتيجة أو كان علة غير مباشرة للنتيجة ، بل هو مسئول ولو كانت النتيجة علة لعلة أو علل أخرى تولدت من فعل الجانى ، مادام المتعارف عليه بين الناس أن يكون الجانى مسئولا عن مثل هذه الحالة .

ولا يسمح الفقهاء بتوالد الأسباب والعلل وتواليها إلى غير حد ، بل يقيدون التوالد والتوالى بالعرف فما اعتبره العرف سببا للنتيجة فهو سبب لها ولو كان سببا بعيدا ، ومالم يعتبره العرف سببا للنتيجة فهو ليس سببا لها ولو كان سببا قريبا .

وقد سلك الفقهاء هذا المسلك ؛ لأنه أقرب إلى العدالة وألصق بطبائع الأشياء ، فلو أنهم اكتفوا فى تحديد رابطة السببية بالسبب المباشر فقط كما فعل شراح القانون الفرنسى فى القتل العمد لأدى ذلك إلى خروج كثير من الأفعال التى يعتبرها العقل والعرف قتلا ، ولو أنهم بالغوا فأخذوا بكل سبب غير مباشر كما فعل بعض الشراح الألمان لأدخلوا فى دائرة القتل أفعالا كثيرة لا يعتبرها عرف الناس ولا منطقهم قتلا .

ومن أجل ذلك جاءت نظرية السببية فى الشريعة مرنة تتسع لكل مايتسع له عرف الناس ومنطقهم ، عادلة ؛ لأنها تعتمد على شعور الناس بالعدالة وإحساسهم بها ، بل إن جعل العرف مقياسا تقاس به كفاية السبب لتحقيق النتيجة هو الذى ضمن لنظرية الشريعة البقاء مابقى الناس ؛ لأن الناس سواء تقدموا أو تأخروا جهلوا أو تعلموا لهم عرف يطمئنون إليه وعقول لا ترتاح إلا إلى ماتراه عدلا ، ونظرية الشريعة تتمشى مع عرفهم ونظرهم للعدالة فى كل وقت وفى كل ظرف .

٣٢٣ - بين الشريعة والقوانين : - ونظرية الشريعة فى السببية تفضل على قدمها النظرية الفرنسية وتتفق مع أحدث النظريات التى ظهرت فى دائرة القوانين الوضعية .

فالشراح الفرنسيون حتى اليوم لا يقبلون فى القتل العمد إلا السبب المباشر أى : السبب الذى يؤدى الموت بشرط أن لا تتوسط بينه و بين الموت عوامل أخرى تؤدى بذاتها للموت أو تساعد على إحداثه ، فمثلا إذا ضرب الجانى شخصا أو جرحه بقصد قتله فأهمل المجنى عليه العلاج أو أساء علاج نفسه أو كان مريضا أو ضعيفا فساعد إهماله أو سوء علاجه أو مرضه أو ضعفه على الوفاة ، فإن الضرب أو الجرح لا يعتبر فى نظر الشراح الفرنسيين علة مباشرة للموت ؛ لأن هناك عوامل أخرى ساعدت على إحداث الوفاة وقد لا تحدث الوفاة لو لم تكن هذه العوامل .

و يطبق الشراح الفرنسيون نظريتهم هذه فى حالة القتل العمد فقط ، ولـكنهم لا يرون بأسا من قبول السبب غير المباشر فى القتل الخطأ ، وفى هذه التفرقة وحدها ما يؤكد أن نظريتهم معيبة ؛ لأنه إذا كان العدل يقتضى أن لا يقبل فى القتل العمد إلا السبب المباشر فمن الظلم أن يقبل السبب غير المباشر فى القتل الخطأ ، وإذا كان العدل يقتضى أن يقبل السبب غير المباشر فى القتل الخطأ فمن الظلم أن لا يقبل فى القتل العمد .

وأحدث نظريات السببية تأخذ بالسبب المباشر وبالسبب غير المباشر معا ، وقد ظهرت هذه النظريات الحديثة فى ألمانيا وانجلترا و إيطاليا وسويسرا وانتقلت إلى غيرها من البلاد . وتعتبر النظريات الألمانية فى السببية أنموذجا لأحدث النظريات فى السببية ولذلك سنكتفى بعرضها .

وأول النظريات الألمانية هى نظرية السبب الأقوى أو السبب الفعال ، وبمقتضى هذه النظرية يسأل الجانى عن النتيجة إذا كان فعله هو السبب الأساسى فى إحداثها ، ولو كانت هناك عوامل أخرى ساعدت على إحداث النتيجة ؛ لأن هذه العوامل تعتبر شروطا لحدوث النتيجة لا أسباب لها مادام أنها لا تقوم بالدور الأول فى إحداث النتيجة ، أما إذا قام أحد هذه العوامل بالدور الأول فى إحداث النتيجة فإن النتيجة تنسب إليه و يصبح فعل الجانى شرطا لحدوث النتيجة لا سببا لها . وقد أخذ على هذه النظرية أنها تقوم على المفاضلة بين العوامل التى تؤدى لإحداث النتيجة من حيث قوة هذه العوامل وضعفها ، مع أنها جميعا ضعيفها وقويها ضرورية لإحداث النتيجة ، ولو امتنع أحدها مهما كان ضعيفا لما انتهت النتيجة إلى الشكل الذى انتهت به .

وقد ظهرت بعد ذلك نظرية ثانية هى نظرية التعادل أريد منها معالجة عيب النظرية الأولى ، ولذلك فإن أصحابها لا يفاضلون بين العوامل التى تؤدى لإحداث النتيجة بل يضعونها جميعا فى مستوى واحد ، وعندهم أن فعل الجانى هو العامل

الأول الذى سبب النتيجة ولولاه لما حدثت ، ومن ثم فهو مسئول عن النتيجة بغض النظر عن العوامل الأخرى التى ساعدت على إحداثها ، ويستوى عندهم أن تكون العوامل عادية أو غير عادية ، راجعة إلى فعل المجنى عليه أو فعل غيره ، ناشئة عن حالته الطبيعية أو حالته الصحية ، قاطعة لفعل الجانى أو غير قاطعة .

وقد أخذ على نظرية التعادل أنها تحمل الجانى النتيجة رغم انقطاع فعله بفعل آخر أدى دون شك لحدوث النتيجة ، وأنها تسمح بتوالد العلل والأسباب وتواليها إلى غير حد وتحمل الجانى النتيجة باعتبارها متولدة عن فعله الذى انقطع عمله قبل حدوث النتيجة .

وأحدث النظريات الألمانية هى نظرية السبب الملائم ، وقد وجدت لعلاج عيوب نظرية التعادل ، وهى تقوم على الأساس الذى قامت عليه نظرية التعادل ولكنها لا تحمل الجانى المسئولية عن النتيجة إلا إذا اعتبر فعله سببا ملائما لإحداث النتيجة ، ويعتبر السبب ملائما إذا كان كافيا لإحداث النتيجة طبقا لما تعارف عليه الناس وما تقتضيه طبائع الأشياء .

ونظرية السبب الملائم الألمانية تقوم على نفس الأسس التى تقوم عليها النظرية الإسلامية ، وتكاد كلاهما تؤدى إلى نفس النتائج التى تؤدى إليها الأخرى من حيث ترتيب المسئولية ، ولعل أهم فرق بينهما أن النظرية الإسلامية سبقت النظرية الألمانية بثلاثة عشر قرنا ، وأن النظرية الألمانية تولدت عن نظريات أخرى كانت تتطور مرة بعد أخرى ؛ لتأخذ بما يتفق مع الشريعة الإسلامية وتتخلص مما يخالفها .

الفصل الثانى

فى ارتفاع المسئولية الجنائية

٣٢٤ ـ علة ارتفاع المسئولية الجنائية : ـ بينا فما سبق أن المسئولية الجنائية تقوم على أسس ثلاثة[1] : هى (١) إتيان فعل محرم (٢)أن يكون الفاعل مختارا (٣) وأن يكون مدركا . فإذا توفرت هذه الأسس الثلاثة ، توفرت المسئولية الجنائية ، وإذا انعدم أحدها ، لم يعاقب الجانى على فعله ، على أن عدم العقاب لايرجع فى كل الحالات إلى سبب واحد بعينه ، فإذا لم يكن الفعل محرما فلا مسئولية إطلاقا ؛ لأن الفعل غير محرم ، والمسئولية لا تكون قبل كل شىء إلا عن فعل محرم ، و إذا كان الفعل محرما ،ولكن الفاعل فاقد الإدراك أو الاختيار فالمسئولية الجنائية قائمة . ولكن العقاب يرتفع عن الفاعل لفقدانه الإدراك أو الاختيار.

فالمسئولية ترتفع إذن ، إما لسبب يتعلق بالفعل ، وإما لسبب يرجع للفاعل ، وفى الحالة الأولى يكون الفعل مباحا ، وفى الحالة الثانية يبقى الفعل محرما ، ولكن لا يعاقب على إتيانه .

٣٢٥ ـ أسباب الإباحة : يباح الفعل المحرم فى الشريعة الإسلامية ؛ لأسباب متعددة ، ولكنها كلها ترجع ، إما لاستعمال حق ، و إما لأداء واجب ، فاستعمال الحقوق وأداء الواجبات هو الذى يبيح إتيان الأفعال المحرمة على الكافة ، ويمنع من مؤاخذة الفاعل ؛ لأن الشريعة جعلت له حقا فى إتيان الفعل المحرم أو ألزمته بإتيانه فأباحت له بذلك إتيان ماحرم على الكافة .

---

(١) راجع الفقرة ٢٨٥ .

٣٢٦ - أسباب رفع العقوبة : وترتفع العقوبة عن الفاعل لأربعة أسباب هى : (١) الإكراه . (٢) السكر . (٣) الجنون . (٤) صغر السن . وفى هذه الحالات الأربع يرتكب الجانى فعلا محرماً ولكن العقوبة ترفع عنه ، لفقدان الاختيار أو الإدراك .

٣٢٧ - الإعفاء من العقاب : وقد جاءت الشريعة بعد ذلك كله بمبدأ آخر يسمح بإعفاء الجانى من العقاب بالرغم من أنه استحقه ؛ لارتكابه فعلا محرماً وهو متمتع بالإدراك والاختيار ، ويعتبر هذا المبدأ استثناء من القواعد العامة ، ولعل الشارع يقصد من إقرار هذا المبدأ الاستثنائى تشجيع الجانى على التوبة فى الجرائم الخطيرة والعدول عن الاشتراك فيها ، خصوصاً وقد جاء النص المقرر للمبدأ بعد النص المقرر لعقوبة جريمة الحرابة، وهى من أخطر الجرائم وذلك قوله تعالى: ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ، ويسعون فى الأرض فساداً أن يقتلوا ، أو يصلبوا ، أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف، أو ينفوا من الأرض، ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم . إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم، فاعلموا أن الله غفور رحيم﴾ [المائدة : ٣٣ ، ٣٤] ومن المسلم به أن هذا النص ينطبق على جريمة الحرابة ، أما ما عداها من جرائم الحدود فمختلف عليه وقد سبق الكلام عن هذا الخلاف[1] . ولا شك أن المبدأ الذى جاء به النص يمكن تطبيقه على بعض جرائم التعازير إذا رأى أولو الأمر مصلحة فى ذلك .

٣٢٨ - بين الشريعة والقانون : هذه هى أسباب ارتفاع المسئولية الجنائية فى الشريعة الإسلامية ، وهى بذاتها نفس أسباب ارتفاع المسئولية فى القوانين الوضعية ، وحكم هذه الأسباب فى الشريعة والقوانين واحد من حيث التكييف ، فالشريعة تجعل استعمال الحقوق وأداء الواجبات مبيحاً للفعل فلا

---

(١) راجع الفقرة ٢٥٣

جريمة فى فعل يستعمل حقاً أو يؤدى واجباً ، وهذا هو نفس الحكم فى القانون المصرى وغيره من القوانين الوضعية الحديثة . والشريعة ترفع العقاب فى حالات الإكراه والسكر والجنون وصغر السن ، مع بقاء الفعل جريمة ، وهكذا الحكم فى القوانين ، والشريعة تعفى من العقاب فى بعض الجرائم الخطيرة من يتوب ويعدل عن ارتكاب الجريمة قبل القدرة عليه ، وهكذا تفعل القوانين الوضعية الحديثة.

والفرق الوحيد بين الشريعة والقوانين الوضعية أن أسباب الإباحة وأسباب رفع العقاب والإعفاء من العقاب عرفت كلها فى الشريعة الإسلامية من يوم وجودها ، أى : من مدة تزيد على ثلاثة عشر قرناً ، وعرفت من أول يوم على الوجه الذى هى عليه الآن ، بينما القوانين الوضعية لم تعرف هذا كله إلا فى أواخر القرن الثامن عشر ، وفى القرن التاسع عشر . ولم تعرفه إلا سبباً بعد سبب وخطوة بعد خطوة .

المبحث الأول

أسباب الإباحة

استعمال الحقوق وأداء الواجبات

٣٢٩ - العلة فى إباحة الأفعال المحرمة : الأصل فى الشريعة الإسلامية أن الأفعال المحرمة محظورة على الكافة بصفة عامة ، لكن الشارع رأى استثناء من هذا الأصل أن يبيح بعض الأفعال المحرمة لمن توفرت فيهم صفات خاصة ؛ لأن ظروف الأفراد أو ظروف الجماعة تقتضى هذه الإباحة ؛ ولأن هؤلاء الذين تباح لهم الأفعال المحرمة يأتونها فى الواقع لتحقيق غرض أو أكثر من أغراض الشارع .

فالقتل مثلا محرم على الكافة ، وعقوبة القاتل عمداً القصاص أى : القتل ، ولكن الشارع جعل تنفيذ هذه العقوبة من حق ولى الدم وذلك قوله تعالى :

﴿ ومن قُتِلَ مظلوماً فقد جعلنا لوليه سُلْطَاناً فلا يسرف فى القتل ﴾ [الإسراء:٣٣] فولى الدم حين يقتل القاتل يأتى عملا مباحاً له بصفة خاصة ، ولو أن هذا العمل محرم على الكافة ، وهو حين يأتيه يحقق غرضين من أغراض الشارع . أولهما: القصاص من القاتل . وثانيهما : أن يكون القصاص بيد ولى الدم .

والجرح محرم على الكافة ، ولكن لما كانت حياة الإنسان أو راحته قد تتوقف على عملية جراحية ، فقد أبيح للطبيب بصفة خاصة جرح المريض ؛ لإنقاذه من آلامه أو لإنقاذ حياته ؛ لأن الضرورات تبيح المحظورات ؛ ولأن الشريعة تحض على التداوى من الأمراض وتوجب على المرء أن لا يلقى بنفسه فى التهلكة ، فإحداث الجرح يحقق من أغراض الشارع دفع الضرورة ، والتداوى من المرض ، وإنقاذ النفس من الهلكة .

والضرب محرم على الكافة ، ولكن تربية الصغار وتنشئتهم نشأة طيبة تقتضى بطبيعتها أن يؤدبوا ويضربوا ، ولما كانت الشريعة توجب على المشرفين على الصغار أن يحسنوا تربيتهم وتنشئتهم؛ فقد أبيح لهؤلاء أن يضربوا الصغار بقصد التأديب والتعليم تحقيقاً للواجب المفروض عليهم .

وهكذا استوجبت طبيعة الأشياء وصالح الأفراد والجماعة وتحقيق غايات الشارع ، استوجب كل هذا أن يعطى لبعض الأفراد حق ارتكاب الأفعال المحرمة على الكافة .

وإذا كان الفعل المحرم قد أبيح ؛ لتحقيق مصلحة معينة فقد وجب منطقياً أن لا يؤتى الفعل المحرم إلا لتحقيق المصلحة التى أبيح من أجلها ، فإن ارتكب الفعل لغرض آخر فهو جريمة ، فالطبيب الذى يجرح مريضاً بقصد علاجه يؤدى واجباً كلف به فعمله مباح ، ولكنه إذا جرح المريض بقصد قتله فهو قاتل وعمله جريمة .

٣٣٠ ـ الحق والواجب : والأصل أن صاحب الحق له أن يستعمل

حقه وأن لا يستعمله ، فإذا استعمله فلا حرج عليه ، وإن تركه فلا إثم عليه ، فالحق إذن هو ما يجوز فعله ولا يعاقب على تركه .

ويقابل الحق . الواجب ، وكلاهما يختلف عن الآخر فى طبيعته ، فإذا كان الحق يجوز فعله فالواجب يتحتم فعله ، وإذا كان صاحب الحق لا يأثم بتركه ولا يعاقب على تركه ؛ فإن المكلف بالواجب يأثم بتركه و يعرض نفسه للعقوبة المقررة لترك الواجب .

وإذا كان الحق والواجب يختلفان فى طبيعتهما ، إلا أنهما يتفقان من الناحية الجنائية فى أن الفعل الذى فعل ؛ أداء لواجب أو استعمالا لحق هو فعل مباح ولا يعتبر جريمة .

والفعل الواحد قد يعتبر حقاً لشخص بعينه وواجباً على شخص آخر ، فالقتل قصاصاً هو حق لولى الدم إذا باشره ، ولكن الفعل نفسه واجب على الجلاد إذا تركت مباشرته له ، والتأديب فى مذهب أبى حنيفة حق للزوج والأب ولكنه واجب على المدرس والمعلم .

وللتفرقة بين الحق والواجب أهمية من وجهين : أولهما وهو متفق عليه من الفقهاء ، أن الحق لا يمكن العقاب على تركه وأن الواجب يمكن عقاب تاركه . وثانيهما : وهو مختلف عليه بين الفقهاء ، أن الحق يتقيد بشرط السلامة وأن الواجب لا يتقيد بشرط السلامة ، أى : أن من باشر حقاً مسئول دائماً عن سلامة المحل الذى باشر عليه الحق ؛ لأنه مخير بين أن يأتى الفعل أو يتركه ، أما من كان عليه واجب فلا يسأل عن سلامة محل الواجب ؛ لأنه ملزم بتأدية الواجب وليس له أن يتخلى عنه ، وهذا هو رأى أبى حنيفة والشافعى ، أما مالك وأحمد فعندهما أن الحق كالواجب غير مقيد بشرط السلامة ؛ لأن استعمال الحق فى حدوده المقررة عمل مباح ولا مسئولية على مباح .

ولمعرفة ما إذا كان الفعل حقاً أو واجباً بالنسبة لشخص معين ننظر هل يتحتم

إتيان الفعل أم لا ؟ « وهل يعاقب على تركه أو يأثم بتركه أم لا ، فإن كان يتحتم عليه إتيان الفعل فهو واجب ، وكذلك إن كان يأثم بتركه أو يعاقب على تركه، أما إذا كان له أن يأتى الفعل أو يتركه دون أن يأثم أو يعاقب فالفعل حق بالنسبة له .

وإذا حللنا الحق وجدنا أنه سلطة ذات حدود معينة تمنح لصاحب الحق على محل الحق، فحق التأديب يعطى المؤدب سلطة على محل التأديب وهو الزوجة مثلا ، أو الإبن أو التلميذ ، وإذا حللنا الواجب وجدنا أنه يعطى أيضاً للمكلف به نفس السلطة على محل الواجب ، ويجعل مباشرة الواجب حقاً له على المحل ، فواجب التأديب عند من يقولون بأنه واجب يعطى للمكلف بالواجب ، نفس سلطة صاحب الحق على التلميذ والإبن . فالمكلف بالواجب هو فى الواقع صاحب حق على محل الواجب ولكن ليس له أن يترك استعمال حقه ، وهذا هو الفرق الوحيد بين صاحب الحق والمكلف بالواجب .

والكلام على استعمال الحقوق وأداء الواجبات يقتضى الكلام على :

(١) الدفاع الشرعى . (٢) التأديب . (٣) التطبيب . (٤) ألعاب الفروسية . (٥) إهدار الأشخاص . (٦) حقوق الحكام وواجباتهم .

وسنخصص لكل من هذه المواضيع مبحثاً خاصاً .

الفرع الأول

فى الدفاع الشرعى

٣٣١ ـ الدفاع الشرعى فى الشريعة على نوعين :

ا ـــ دفاع شرعى خاص ويسمى اصطلاحاً دفع الصائل .

ب ـــ دفاع شرعى عام ويسمى اصطلاحاً الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر .

وسنخصص لكل من هذين النوعين مطلباً خاصاً .

المطلب الأول

الدفاع الشرعى الخاص

أو

دفع الصائل

٣٣٢ - معنى الدفاع الشرعى الخاص: الدفاع الشرعى الخاص فى الشريعة هو واجب الإنسان فى حماية نفسه أونفس غيره،وحقه فى حماية ماله أومال غيره من كل اعتداء حال غير مشروع بالقوة اللازمة لدفع هذا الاعتداء.

والدفاع الشرعى الخاص سواء كان واجباً أوحقاً مقصوداً به دفع الاعتداء وليس عقوبة عليه بدليل أن دفع الاعتداء فعلا لا يمنع من عقاب المعتدى على اعتدائه

ويصطلح الفقهاء على تسمية الدفاع الشرعى الخاص بدفع الصائل، وعلى تسمية المعتدى صائلا والمعتدى عليه مصولا عليه.

والأصل فى دفع الصائل قوله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [البقرة: ١٩٤] ومارواه يعلى بن أمية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: كان لى أجير فقاتل إنساناً فعض أحدهما يد الآخر، فانتزع المعضوض يده من فم العاض فانتزع إحدى ثنيتيه، فأتى النبى فأهدر ثنيتيه وقال «أفيدع يده فى فيك تقضمها قضم الفحل» وما رواه عبد الله بن عمرو من قول رسول الله: «من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد» ومارواه أبو هريرة عن رسول الله قال: «لوأن أمرأ اطلع عليك بغير إذن فخذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح»

وكما أقرت الشريعة دفع الصائل لرد اعتدائه عن نفس الدافع أو عرضه أو ماله، كذلك أقرته لدفع الاعتداء عن نفس الغير أو عرضه أو ماله، لقوله عليه

السلام : «انصر أخاك ظالما أومظلوما» ولقوله «إن المؤمنين يتعاونون على الفتان»

٣٣٣ - التكييف الشرعى لدفع الصائل : لاخلاف بين الفقهاء فى ان دفع الصائل شرع ليحمى الإنسان نفسه أو غيره من الاعتداء على النفس والعرض والمال ، ولكنهم اختلفوا فى التكييف الشرعى لدفع الصائل من وجهين :-

أولهما : ماهية الدفاع وهل هو واجب على المدافع فليس له أن يتخلى عنه كلما كان فى مقدوره ، أم هو حق للمدافع فله أن يدفع الاعتداء وله أن لا يدفعه ؟ .

وقد اتفق الفقهاء على أن دفع الصائل واجب على المدافع فى حالة الاعتداء على العرض ، فإذا أراد رجل امرأة على نفسها ولم تستطيع دفعه إلا بالقتل كان من الواجب عليها أن تقتله إن أمكنها ذلك ؛ لأن التمكين منها محرم ، وفى ترك الدفاع تمكين منها للمعتدى ، وكذلك شأن الرجل يرى غيره يزنى بامرأة أو يحاول الزنا بها ولا يستطيع أن يدفعه عنها إلا بالقتل ، فإنه يجب عليه أن يقتله إن أمكنه ذلك .

والواجب هو الذى يذم تاركه و يلام شرعا بوجه ما على رأى ، وهو ما يعاقب على تركه طبقا لرأى آخر [١] ، و يستوى أن تكون العقوبة على الواجب دنيوية أو أخروية .

والدفاع الواجب قد لا يعاقب على تركه عقوبة دنيوية ، ولكن تاركه يعتبر آثما مستحقا للعقوبة الأخروية ، فانعدام المسئولية الجنائية على ترك الواجب لا يغير شيئا من طبيعة الواجب ولا يعفى من أدائه .

---

(١) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ج ١ ص ١٣٨ وما بعدها - المستصفى للغزالى ج ١ ص ٦٥ ، ٦٦ .

وانعدام المسئولية الجنائية على ترك الواجب لا يسوى بين الواجب و بين الحق ؛ لأن الحق يتضمن التخيير بين الفعل والترك والواجب لاتخيير فيه ، كما أن صاحب الحق لا يعتبر آثما بالفعل أو الترك ، أما تارك الواجب فآثم شرعاً (١) .

واختلف الفقهاء فى الدفاع عن النفس ، فظاهر مذهب أبى حنيفة يتفق مع الرأى الغالب فى مذهبى مالك والشافعى على أن دفع الصائل عن النفس واجب (٢) والرأى المرجوح فى مذهبى مالك والشافعى يتفق مع الرأى الراجح فى مذهب أحمد على أن دفع الصائل عن النفس جائز (٣) وليس واجباً . وحجة هؤلاء حديث الرسول صلى الله عليه وسلم فى الفتنة «اجلس فى بيتك فإن خفت أن يبهرك شعاع السيف فغط وجهك ــ أو فى لفظ آخر ــ فكن عبد الله المقتول ولا تكن عبد الله القاتل » كذلك يحتجون بعمل عثمان رضى الله عنه إذ ترك القتال مع إمكانه وهو يعلم أن الثوار يريدون نفسه .

و بعض الفقهاء الحنابلة يفرقون بين حالة الفتنة وغيرها ، و يجعلون الدفاع جائزاً مطلقاً فى حالة الفتنه ، أما فى غير حالة الفتنة فيجعلونه واجباً مطلقا (٤) ، وهو رأى بعض الشافعية والمالكية (٥) .

أما الدفع عن المال فأغلب الفقهاء يرونه جائزاً لا واجبا ، فللمعتدى عليه أن يدفع الصائل إن شاء ، وأن لا يدفعه . والفرق بين المال والنفس ، أن المال مما يباح بالإباحة أما النفس فلا تباح بالإباحة . ولكن بعض الفقهاء يرون أن الدفع عن المال واجب إذا كان مالا فيه روح، أى : ليس جماداً ، أو كان مالا للغير فى يد

---

(١) المستصفى للغزالى ج ١ ص ٧٤

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤٨١ — تحفة المحتاج ج ٤ ص ١٢٤ — مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٣ ــ الزيلعى وحاشية الشلبى ج٦ ص ١١٠ .

(٣) المغنى ج ١٠ ص ٣٥٠ ومابعدها

(٤) الإقناع ج ٤ ص ٢٩٠

(٥) حاشية الرملى ج ٤ ص ١٦٨ وأسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٨ — شرح الزرقانى وحاشية البنانى ج ٨ ص ١١٨

المدافع كال المحجور عليه أو الوقف ، أومالا مودعا ، أو كان مالا للمدافع ولكن تعلق به حق للغير كرهن أو إجارة [١] .

ثانيهما : صيال الصبي والمجنون والحيوان : ـ يرى مالك والشافعي وأحمد أن الإنسان إذا صال عليه صبي أو مجنون أو حيوان يكون في حالة دفاع ، فإذا قتل الصبي أو المجنون أو الحيوان ولم يكن في وسعه أن يحمى نفسه من الصيال إلا بالقتل فلامسئولية عليه من الناحية الجنائية أوالمدنية ، لأنه كان يؤدى واجبه في دفع الصائل عن نفسه [٢] .

ولكن أبا حنيفة وأصحابه عدا أبا يوسف يرون أن يكون المصول عليه مسئولا مدينا عن دية الصبي والمجنون وقيمة الحيوان ،وحجتهم في ذلك أن الدفاع شرع لدفع الجرائم . وعمل الصبي والمجنون لا يعتبر جريمة وكذلك فعل الحيوان الأعجم ، ومن ثم فلا وجود للدفع في حالة صيال الصبي والمجنون والحيوان ، ولكن للمعتدى عليه في هذه الحالة الحق في قتل الصائل أو جرحه أو إيذائه على أساس الضرورة الملجئة ، والقاعدة أن الضرورة الملجئة لا تعفى من الضمان وإن أعفت من العقاب ؛ لأن الدماء والأموال معصومة ؛ ولأن الأعذار الشرعية لا تنافى هذه العصمة .

ويرى أبو يوسف أن يكون المصول عليه مسئولا عن قيمة الحيوان فقط لأن فعل الصبي والمجنون جريمة ولكن رفع عنهما العقاب لانعدام الإدراك ، أما فعل الحيوان الأعجم فليس جريمة ، ويترتب على هذا أن يكون المصول عليه في حالة دفاع إذا صال عليه صبي أو مجنون ، وفي حالة ضرورة ملجئة إذا صال عليه حيوان [٣]

---

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٨ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٣ — تبصرة الحكام ج ٢ ص ٣٠٣ — الأم ج ٦ ص ١٧٢ المهذب ج ٢ ص ٢٤٣ الإقناع ج ٤ ص ٢٨٩ .

(٣) البحر الرائق ج ٨ ص ٣٠٢

وحجة القائلين بقيام حالة الدفاع فى كل حال أن من واجب الإنسان أن يحمى نفسه ونفس غيره من كل اعتداء يقع على النفس ، ومن حقه ومن واجبه أحيانا أن يحمى ماله ومال غيره من كل اعتداء يقع على المال سواء كون الاعتداء جريمة أم لا ، وأن فعل الاعتداء بذاته لا يحل دم الصائل ولكنه يوجب على المصول عليه أو يجيز له أن يمنع الاعتداء ، فإذا لم يكن فى الإمكان منع الاعتداء إلا بالقتل فذلك هو القدر اللازم لرد الاعتداء ، فمشروعية منع الاعتداء هو الذى أحل دم الصائل وليس الاعتداء فى ذاته . ومن ثم فليس من الضرورى أن يكون الاعتداء جريمة [1] .

٣٣٤ – بين الشريعة والقانون : بينا فيما سبق التكييف الشرعى للدفاع ، أما تكييف الدفاع فى القوانين الوضعية فقد اختلف باختلاف الأزمنة ، فقديما كانوا يرون أنه حق مستمد من القانون الطبيعى لا القانون الوضعى ، وفى العصور الوسطى اعتبر الدفاع حالة لا تمنع من العقوبة ، ولكنها تؤهل للعفو عن العقوبة . وفى القرن الثامن عشر فسر الدفاع بأنه حالة ضرورة تبيح للمرء أن يدافع عن نفسه بنفسه ، وتنشأ الضرورة من عدم وجود حماية حاضرة من الهيئة الاجتماعية . وفى القرن التاسع عشر ، كيف الدفاع بأنه حالة من حالات الإكراه لأن الخطر المحدق بالمدافع يجعله عديم الاختيار ؛ ولأن الجانى يندفع بغريزته للمحافظة على حياته . وقد أخذ على هذا التكييف بأنه لا يعلل الدفاع عن الغير ولا عن المال ، وأنه يؤدى إلى تبرير الدفاع عند استعمال الحق أو أداء الواجب .

وأحدث الآراء اليوم فى القوانين الوضعية أن الدفاع استعمال لحق أباحه القانون الوضعى بل أداء لواجب ؛ لأن من حق كل إنسان بل ومن واجبه أن يعنى بالمحافظة على حياته وأن يدافع عن نفسه وماله ، فضلا عن أن الجماعة

---

(١) الأم ج ٦ ص ١٧٢ ، ١٧٣ .

لامصلحة لها فى العقاب ؛ لأن المدافع ليس بالمجرم الذى يخشى على الجماعة من شره

والظاهر من مقارنة هذه الآراء المختلفة باختلاف العصور وتطوراتها المستمرة أنها انتهت فى القرن العشرين إلى ما بدأت به الشريعة الإسلامية فى القرن السابع ، فالدفاع يكيف فى الشريعة بأنه واجب فى أكثر الحالات ، حق فى بعضها ، وهو يكيف اليوم فى القوانين الوضعية بأنه حق إن لم يكن واجباً ، ولعلنا بعد قليل نرى شراح القوانين الوضعية يحددون الدفاع الواجب كما فعل فقهاء الشريعة

ويرى شراح القوانين الوضعية أنه يجوز استعمال حق الدفاع ضد المجنون. و الطفل ، ولو أن كليهما معفى من العقاب ؛ لأن الدفاع الشرعى ليس عقاباً يقع على المعتدى ، وإنما هو دفع لعدوانه ، وهذا يتفق مع ما يراه أغلب الفقهاء .

ولكن شراح القوانين اختلفوا فيما إذا كان هجوم الحيوان يمكن دفعه استناداً إلى حق الدفاع الشرعى ، أو استناداً إلى أنه حالة ضرورة ، فرأى البعض ما يراه فقهاء الحنفية ، من أن الحيوان الأعجم لا يمكن اعتباره معتديا أو مرتكباً لجريمة ، وأن حالة الضرورة هى التى تبيح قتل الحيوان ، ورأى البعض الآخر تطبيق نظرية الدفاع الشرعى بالنسبة للحيوان ، وهو ما يراه مالك والشافعى وأحمد (١) .

ويتفق القانون المصرى مع مذهب أبى حنيفة فى اشتراط أن يكون فصل الصائل جريمة ، فإن لم يكن جريمة ، لم توجد حالة الدفاع (٢) .

٣٣٥ - شروط دفع الصائل : - لدفع الصائل شروط يجب توفرها حتى يعتبر المصول عليه فى حالة دفاع وهذه الشروط هى : أولا - أن يكون هناك اعتداء أو عدوان . ثانياً - أن يكون هذا الاعتداء حالا . ثالثاً - أن لا يمكن دفع الاعتداء بطريق آخر . رابعا - أن يدفع الاعتداء بالقوة اللازمة لدفعه .

---

(١) الموسوعة الجنائية جـ ١ ص ٥٢٥ .

(٢) راجع المادة ٢٤٦ من قانون العقوبات المصرى .

الشرط الأول : أن يكون هناك اعتداء . ـ يجب أن يكون الفعل الواقع على المصول عليه اعتداء ؛ فإن لم يكن كذلك لم يجز دفعه ، فالأب إذا ضرب ولده أو زوجته للتأديب ، والمعلم إذا أدب الصبي ، والجلاد حين يقطع رقبة المحكوم عليه أو يد السارق ، ومستوفى القصاص حين يقل القاتل أو يقطع يده قصاصاً ، كل هؤلاء لا يعتبر فعلهم عدواناً أو اعتداء ، وإنما هو استعمال لحق أو أداء لواجب .

ويترتب على اشتراط الاعتداء أو العدوان فى الفعل أن كل عمل أوجبته الشريعة أو أجازته لا يعتبر اعتداء إذا باشره صاحب الحق فيه، كالقبض والتفتيش والجلد والحبس وغير ذلك ، من الحقوق والواجبات المقررة للأفراد والسلطات العامة أو عليهم .

وليس للاعتداء حد مقرر فيصح أن يكون الاعتداء شديداً ، ويصح أن يكون بسيطاً ، وبساطة الاعتداء لا تمنع من الدفاع ، ولكنها تقيد المدافع بأن يدفع الاعتداء بالقوة اللازمة لدفعه .

ويصح أن يكون الاعتداء واقعاً على نفس المصول عليه أو عرضه أو ماله ، كما يصح أن يكون واقعاً على نفس الغير أو عرضه أو ماله ، ويصح أن يكون واقعاً على نفس الصائل أو ماله ، كمن حاول أن يقتل نفسه أو يقطع طرفه أو يتلف ماله[1] .

وليس من الضرورى فى رأى مالك والشافعى وأحمد أن يكون الاعتداء جريمة معاقباً عليها ، ولكن يكفى أن يكون عملا غير مشروع ، وليس من الضرورى فى رأى هؤلاء الفقهاء أن يكون الصائل مسئولا جنائياً عن فعله ، فيصح أن يكون الصائل مجنوناً أو طفلا ، ويكفى لقيام حالة الدفاع أن يكون فعل الصائل أيا كان غير مشروع . أما أبو حنيفة وأصحابه ، فيشترطون أن يكون الاعتداء

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٧ .

مما يعتبر جريمة معاقباً عليها ، وأن يكون الصائل مسئولا جنائياً عنها ، وإلا كان الدفع قائماً على حالة الضرورة ، ويخالفهم أبو يوسف فى هـذا حيث يشترط أن يكون الفعل جريمة دون حاجة لأن يكون الصائل مسئولا عن الجريمة جنائياً ، ورأى أبى يوسف يتفق تمام الاتفاق مع نص القانون المصرى الذى يشترط أن يكون الفعل جريمة .

ويعتبر الفعل اعتداء سواء كان مصدره إنساناً أو حيواناً ، وهو ما يراه مالك والشافعى وأحمد ، ولـكن أبا حنيفة وأصحابه جميعاً لا يرون مبرراً لوجود حالة الدفاع عند هجوم الحيوان ؛ لأن فعله لا يعتبر جريمة ، ويرون رد الهجوم على أساس حالة الضرورة ، وهو رأى قد يتفق أيضاً مع نصوص القانون المصرى ، الذى يعاقب على قتل الحيوان إذا كان قتـله دون مقتض (م ٣٥٥ عقوبات) هذا إذا فسرنا المقتضى بأنه حالة الضرورة وهو الرأى الراجح ؛ لأن فعل الحيوان ليس جريمة فى ذاته ، أما إذا أمكن فى بعض الأحوال اعتبار الفعل جريمة من صاحب الحيوان ؛ فالدفاع يوجد ولـكنه لا يوجد فى غير ذلك من الحالات .

وليس للصائل أن يرد دفاع المصول عليه ثم يحتج بأنه كان يدافع عن نفسه؛ لأنه هو الذى اعتدى فأصبح باعتدائه عرضة لدفاع المصول عليه ، فإذا اقتضى الدفاع قتل الصائل فقد أصبح دم الصائل هدراً ، أما المصول عليه فمعصوم، وإذا اقتضى الدفاع جرح الصائل لتعطيله فقد أصبح الجرح هدراً مع بقاء المصول عليه معصوماً ، ومن الأمثلة على ذلك قضاء على رضى الله عنه فى امرأة تزوجت،فلما كان ليلة زفافها أدخلت صديقها الحجلة سراً ، وجاء الزوج فدخل الحجلة فوثب عليه الصديق فاقتتلا فقتل الزوج الصديق ، وقتلت المرأة الزوج ، فقضى على بقتل المرأة بالزوج ولم يعتبرها مدافعة عن نفسها أو عن غيرها .

لـكن إذا زادت أعمال الدفاع عن الحـد اللازم لرد العدوان اعتبر الزائد منها عدواناً وكان للصائل أن يدفعه ويقاد المصول عليه بما زاد عن حاجة الدفاع ويؤخذ بجريرته .

ولا يشترط لقيام حالة الدفاع أن يقع الاعتداء فعلا ، فليس على المصول عليه أن ينتظر حتى يبدره الصائل بالاعتداء ، بل للمصول عليه أن يبدر الصائل بالمنع مادامت حالته تدل على أنه سيعتدى ، فإذا أقبل الرجل بالسيف أو غيره من السلاح إلى الرجل فإنما له ضربه على ما يقع فى نفسه ، فإن وقع فى نفسه أنه يضربه وإن لم يبدأه المقبل إليه بالضرب فليضربه وإن لم يقع فى نفسه ذلك لم يكن له ضربه[1] ، ويجب أن يكون الاعتقاد بالاعتداء غالباً على الظن حتى يمكن تبرير الدفاع ، أما الوهم والظن الضعيف فلا يبرره ، فإذا دخل رجل بالسلاح دارا فغلب على ظن صاحب الدار أنه قاصد قتله ؛ لأسباب معقولة كان له أن يبدره بالقتل ؛ وإذا توقع صاحب الدار من لص أنه سيعاجله وكان توقعه مبنياً على أسباب معقولة فياقتله ولا شىء عليه .

وإشهار السلاح بقصد المزاح واللعب لا يوجد المشهور عليه فى حالة دفاع ولا يجعله مصولا عليه ؛ لأن إشهار السلاح على هذا الوجه لا يعتبر اعتداء ، لكن إذا كانت الظروف تدل على أن الصائل يظهر المزاح ويبطن الجد حتى يتمكن من المصول عليه ، كان للمصول عليه دفع شره ولو بقتله إذا لم يمكن دفعه إلا بالقتل .

ولمعرفة بداية الاعتداء ونهايته أهمية قصوى ؛ لأن الدفاع يتولد عن الاعتداء وينتهى بانتهائه فلا دفاع قبل الاعتداء ولا دفاع بعد الاعتداء ، فإذا ضرب المصول عليه الصائل فانصرف أو جرحه فأعجزه عن الاعتداء فليس للمصول عليه أن يتبعه ليضربه مرة أخرى ، وليس له بعد أن يعجزه أن يثنى عليه ، فإذا فعل من ذلك شيئاً فهو جرح أو قتل وعليه عقوبته ، ولكن يجوز للمصول عليه أن يتبع الصائل ليسترد منه ما هرب به من مال ، وتعتبر حالة الدفاع قائمة

---

(١) الأم ج ٦ ص ٢٧ .
(٢) نفس المرجع السابق .

حتى يسترد من الصائل ماأخذه ، وللمصول عليه أن يقتل الصائل ليسترد منه المسروق إذا لم يمكن استرداده بطريقة أخرى .

والرغبة فى الاعتداء لا تخلق حالة الدفاع وإنما المعتبر هو إمكان الاعتداء ، فمن كان يريد الاعتداء ولكنه لا يستطيعه فضربه أو جرحه أو قتله جريمة؛ لأن الدفاع مقرر لدفع الاعتداء والاعتداء غير ممكن فى ذاته .

الشرط الثانى : أن يكون الاعتداء حالا : — لايوجد المصول عليه فى حالة دفاع إلا إذا كان الاعتداء حالا ، فإن لم يكن حالا فعمل المصول عليه ليس دفاعاً وإنما اعتداء ؛ لأن الدفاع لا يوجد إلا إذا تحقق الاعتداء فى الفعل أو الظن لحلول الاعتداء هو الذى يخلق حالة الدفاع ، ومن ثم لم يكن الاعتداء المؤجل محلا للدفاع ، ولم يكن التهديد بالاعتداء محلا للدفاع ، إذ ليس هناك خطر يحتمى منه الإنسان بالدفاع العاجل ، وإذا اعتبر التهديد اعتداءفىذاته فإنه يجب أن يندفع بما يناسبه ، والالتجاء للسلطات العمومية كاف لحماية المصول عليه من التهديد .

الشرط الثالث : أن لا يمكن دفع الاعتداء بطريق آخر : — يشترط لوجود حالة الدفاع أن لا تكون هناك وسيلة أخرى ممكنة لدفع الصائل ، فإذا أمكن دفع الصائل بوسيلة أخرى غير الدفاع وجب استعمالها ، فإن أهمل المصول عليه هذه الوسيلة ودفع الاعتداءفهومعتد ، فإذا أمكن دفع الصائل مثلا بالصراخ والاستغاثة فليس للمصول عليه أن يضربه أو يجرحه أو يقتله ، فإن فعل كان فعله جريمة[1] ، وإذا أمكن الاحتماء برجال السلطة العمومية فى الوقت المناسب أو استطاع المصول عليه أن يمنع نفسه أو يمتنع بغيره دون استعمال العنف فليس له أن يستعمله[2] .

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤٨٢ ، أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٧ .
(٢) الأم ج ٩ ص ٢٧ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٧ .

وقد اختلف الفقهاء فى الهرب كوسيلة لدفع الاعتداء ، فمن رأى أن الهرب يصلح وسيلة من وسائل دفع الاعتداء فقد أوجب الهرب على المصول عليه؛ لأن الهرب هو الوسيلة المناسبة لدفع الاعتداء ، والمصول عليه مكلف بدفع الاعتداء بأيسر ما يمكن[1] . ومن رأى أن الهرب لا يصلح وسيلة من وسائل الدفاع فإنه لا يلزم المصول عليه بالهرب ، ويجعل له أن يثبت و يدافع إذا لم يكن إلا الهرب أو الدفاع[2] . وفرق بعض الفقهاء بين ما إذا كان الهرب مشيناً أو غير مشين ، وجعلوه لازماً إذا لم يكن مشيناً وغير لازم إذا كان مشيناً[3] . و يشترط على كل حال عند من يرون الهرب دفاعاً أن يقوم الهرب مقام الدفاع ، فإذا كان الدفاع عن المال أو الحريم ولم يستطع المدافع الهرب بالمال أو الحريم فلا يعتبر الهرب دفاعاً ولا يلزم به المصول عليه[4] .

الشرط الرابع : أن يدفع الاعتداء بالقوة اللازمة لرده : — يشترط فى الدفاع أن يكون بالقدر اللازم لدفع الاعتداء ، فإن زاد عن ذلك فهو اعتداء لا دفاع فالمصول عليه مقيد دائماً بأن يدفع الاعتداء بأيسر ما يندفع به ، وليس له أن يدفعه بالكثير إذا كان يندفع بالقليل ، فإذا دخل رجل منزل آخر بغير إذنه وكان يندفع بالأمر بمغادرة المنزل أو بالتهديد بالضرب فليس له أن يضربه ، فإن لم يخرج ضربه بأسهل ما يعلم أنه يندفع به ؛ لأن المقصود دفعه فإن اندفع بقليل فلا حاجة لأكثر منه ، فإن علم أنه يخرج بالعصا لم يكن له ضربه بالحديد ؛ لأن الحديد آلة للقتل بخلاف العصا ، وإن ذهب موليا لم يكن له قتله ولا اتباعه ، وإن ضربه ضربة عطلته لم يكن له أن يثنى عليه ؛ لأنه كفى شره ، وإن ضربه فقطع يمينه فولى مدبراً فضربه فقطع رجله فقطع الرجل مضمون عليه بالقصاص أو الدية ؛

(١) المغنى ج ١٠ ص ٣٥٣ .
(٢) نفس المرجع السابق والأم ج ٦ ص ٢٨ .
(٣) تحفة المحتاج ج ٤ ص ١٢٦ .
(٤) المرجع السابق وأسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٧ .

لأنه فى حال لا يجوز له فيها ضربه »[١] وإن كان لا يندفع إلا بالقتل أو خاف أن يبدره بالقتل إن لم يقتله فله ضربه بما يقتله أو يقطع طرفه وما أتلف منه فهو هدر ؛ لأنه تلف لدفع شره[٢] .

ومن قصده رجل فى نفسه أو ماله أو أهله بغير حق فله أن يدفعه بأيسر ما يندفع به ، فإذا أمكنه الدفع بالصياح والاستغاثة لم يدفع باليد ، وإن كان فى موضع لا يلحقه الغوث دفعه باليد ، فإن لم يندفع باليد دفعه بالعصا ، فإن لم يندفع بالعصا دفعه بالسلاح ، فإن لم يندفع إلا بإتلاف عضو دفعه بإتلاف العضو فإن لم يندفع إلا بالقتل دفعه بالقتل . وإن قدر على دفعه بالعصا فقطع عضواً أو قدر على دفعه بالقطع فقتله ، وجب عليه الضمان[٣] أى : العقاب ؛ لأنها جناية من غير حق فأشبه ما إذا جنى عليه من غير دفع ، وإن قصده ثم انصرف عنه لم يتعرض له ، وإن ضربه فعطله لم يجز أن يضربه ضربة أخرى ؛ لأن القصد كف أذاه[٤] .

ومن عض يد آخر ولم يمكنه تخليصها إلا بفك لحييه فك لحييه وإن لم يندفع إلا بأكثر من هذا ، فعله ولا مسئولية عليه .

ومن أراد امرأة على نفسها فقتلته لتدفع عن نفسها ، فلا شىء عليها . ومن قضاء عمر رضى الله عنه فى هذا الباب أن رجلا أضاف ناساً من هذيل فأراد امرأة على نفسها فرمته بحجر فقتلته ، فقال عمر « والله لا يودى أبداً »

وإذا صالت بهيمة على إنسان دفعها بالقدر الذى تندفع به ، فإن لم تندفع إلا بالقتل قتلها ولا مسئولية عليه من الناحيتين الجنائية والمدنية إلا فى مذهب

---

(١) المغنى جـ ١٠ ص ٣٥١ ، ٣٥٢ .

(٢) نفس المرجع السابق .

(٣) يعبر الفقهاء كثيراً عن الجزاء بالضمان ، والضمان قد يكون عقوبة بدنية وقد يكون عقوبة مالية .

(٤) المهذب جـ ٢ ص ٢٤١ .

أبى حنيفة فإنه يسأل مدنيا فقط ، لأن الدفع كان على أساس حالة الضرورة ، وحالة الضرورة ترفع المسئولية الجنائية ولا ترفع المسئولية المدنية .

وإذا اطلع رجل على بيت إنسان من ثقب أو شق باب أو نحوه فله أن ينهاه فإن لم ينته جاز له أن يدفعه بأيسر ما يندفع به ، فإن لم يندفع إلا بفقأ عينه ففقأها فلا مسئولية عليه ، وهذا رأى مجمع عليه فى مذهب الشافعى ومذهب أحمد[1] ، وحجتهما حديث الرسول صلى الله عليه وسلم « لو أن امرأ اطلع عليك بغير إذن فخذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح » . وحديث الرسول المروى عن سهل بن سعد أن رجلا اطلع فى جحر من باب النبى صلى الله عليه وسلم وكان الرسول يحك رأسه بمدرى فى يده فقال الرسول « لو علمت أنك تنظر لطعنت به فى عينك إنما جعل الاستئذان من أجل البصر » وفضلا عن الحديثين فإن هذا الرأى تطبيق لقواعد الدفاع وعلى هذا الرأى الأقلية فى مذهبى مالك وأبى حنيفة أما الغالبية فترى أن المدافع ليس له أن يفقأ عين من يطلع من الخارج لمجرد النظر ؛ لأنه لو نظر إنسان إلى عورة آخر بغير إذنه لم يستبح فقأ عينه ، فالنظر إلى الإنسان فى بيته أولى أن لا يستباح به الفقأ ، ويرى الحنفية أن الحديث قصد به المبالغة فى الزجر عن الاطلاع[2] . ويرى المالكية أن الرمى أبيح للتنبيه أو للمدافعة لا بقصد الإيذاء أو إصابة العين ، فإذا قصد عينه فعليه القود ، وإذا قصد التنبيه فأصاب عينه فهى إصابة خطأ يسأل عنها باعتباره مخطئاً لا عامداً[3] .

ويرى علاء الدين الكاسانى أن الأصل فى كل ما سبق هو أن من قصد قتل إنسان لا ينهدر دمه بمجرد هذا القصد ، ولكن ينظر إن كان المشهور عليه (أى المصول عليه) يمكنه دفعه عن نفسه بدون القتل لا يباح له القتل ، وإن كان لا يمكنه الدفع إلا بالقتل يباح القتل ؛ لأنه من ضرورات الدفع . فإن شهر

(١) المغنى الجزء العاشر ص ٢٥٥ — المهذب الجزء الثانى ص ٢٤٢ .

(٢) حاشية ابن عابدين الجزء الخامس ص ٤٨٥ .

(٣) مواهب الجليل الجزء السادس ص ٣٢٢ ، ٣٢٣ .

عليه سيفه يباح له أن يقتله ؛ لأنه لا يقدر على الدفع إلا بالقتل ، ألا ترى أنه لواستغاث الناس ، يقتله قبل أن يلحقه الغوث إذ السلاح لا يلبث فكان القتل من ضرورات الدفع فيباح قتله ، فإذا قتله فقد قتل شخصا مباح الدم فلا شيء عليه[١] .

ولا حرج على المصول عليه إذا تعذر بدر الصائل بالدفع ولم ينتظر حتى يقع عليه الاعتداء مادامت حالة الصائل تدل على قصده الاعتداء . وإذا كان الصائل يندفع بالعصا فلم يجد إلا سيفا أو سكينا فلاحرج عليه أن يدفعه بأيهما إذ لا يمكنه الدفع إلا به ولا يمكن نسبته إلى التقصير بترك استصحاب عصا[٢] .

وليس للمصول عليه أن يقصد قتل الصائل أو جرحه ابتداء إلا إذا علم أنه لا يندفع إلا بذلك وأن القتل أو الجرح هو القوة اللازمة لدفعه[٣] . والمقياس الصحيح للقوة اللازمة لدفع الاعتداء هو ظن المدافع المبنى على أسباب معقولة ، فبهذا المقياس تقاس القوة اللازمة لدفع الاعتداء ولا تقاس بالضرر الحقيقى الذى وقع أو الضرر الذى كان الصائل ينتوى أن يحدثه فللمصول عليه إذن أن يدفع الصائل بأيسر ما يغلب على ظنه أن الصائل يندفع به بشرط أن يكون ظن المصول عليه قائماً على أسباب معقولة .

ويراعى أن الأمر قد يخرج عن حد الضبط عند الالتحام سيما إذا كان الصائلون جماعة ؛ لأن دفع أحدهم بأيسر ما يندفع به قد لا يندفع به الآخر وقد يؤدى إلى إهلاك المصول عليه[٤] ومن ثم يرجع فى تقدير القوة الملائمة لظروف كل واقعة .

٣٣٦ - تجاوز حد الدفاع : إذا استعمل المدافع قوة أكثر مما تقضى الضرورة لدفع الاعتداء فهو مسئول عن فعله الذى تعدى به حد الدفاع المشروع

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٣ .
(٢) أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٦٧ .
(٣) شرح الزرقانى وحاشية البنانى الجزء الثامن ص ١١٨ .
(٤) تحفة المحتاج ج ٤ ص ١٢٦ .

فإذا كان الصائل يندفع بالتهديد فضربه فهو مسئول عن الضرب ، وإن كان يندفع بالضرب باليد فجرحه فهو مسئول عن الجرح ، وإن كان يندفع بالجرح فقتله فهو مسئول عن القتل ، وإن هرب الصائل بعد أن جرحه فاتبعه المدافع وجرحه مرة ثانية فهو مسئول عن الجرح الثانى ، وإن عطل مقاومته ثم قطع بعد ذلك يده أو رجله أو قتله فهو مسئول عما فعله بعد تعطيل المقاومة ، وهكذا يسأل المصول عليه عن كل فعل لم يكن لازماً لدفع الاعتداء .

وبين الاعتداء والدفاع ارتباط وثيق ؛ لأن الدفاع يتولد عن الاعتداء ، فإذا بدأ الاعتداء بدأت حالة الدفاع وإذا انتهى الاعتداء،فقد انتهت حالة الدفاع ومن ثم لا يعتبر المصول عليه مدافعاً إذا انتهى الاعتداء ، ويسأل عن كل فعل يقع منه بعد انتهاء الاعتداء . ولكن لا يعتبر الاعتداء منتهياً إذا هرب الصائل وأخذ معه المال المصول عليه فللمدافع أن يتتبعه حتى يسترد منه ما أخذه ، وأن يستعمل معه القوة اللازمة فى استرداده ، فإن لم يكن إلا القتل لإمكان استرداد المأخوذ قتله[1] .

والأصل فى أفعال الدفاع أنها مباحة ولاعقاب عليها ، ولكنها إذا تعدت الصائل وأصابت غيره خطأ فالفعل الذى وقع على الغير لا يعتبر مباحاً إذا أمكن نسبة الخطأ والإهمال إلى المدافع ، فمن أراد أن يضرب الصائل فأخطأه وأصاب غيره فجرحه أو قتله فهو مسئول عن جرح هذا الغير أو قتله خطأ ولو أنه تعمد الفعل إذ الفعل فى ذاته مباح على الصائل ولكنه وقع على الغير خطأ ، وتشبه هذه الحالة ما إذا أراد إنسان أن يصيد صيداً فأخطأه وأصاب شخصاً فالصيد فى ذاته عمل مباح ولكن الصائد يسأل عن إصابة الشخص خطأ .

ونصب الحبالات والأشراك والفخاخ وراء الأبواب أو الأسوار أو فى

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٢٧٤ .

الممرات بقصد قتل المعتدين أو جرحهم جائز عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد[(١)] وليس على صاحب المكان مسئولية ؛ لأنه من قبيل الدفاع ؛ ولأن الداخل قتل نفسه بتعديه ودخوله مسكن غيره دون حق ، ولكن مالكا[(٢)] يرى مسئولية الفاعل إذا قصد بعمله إصابة الداخلين أو إهلاكهم ، أما إن قصد سد حاجة من حاجات المسكن أو المكان فلا مسئولية عليه . ولعل رأى مالك أقرب إلى الدقة فى تطبيق قواعد الدفاع ؛ لأن الدفاع قائم على رد الاعتداء بأيسر مايندفع به وقد يندفع المعتدى بأيسر من الجرح أو القتل . وقد تعرض شراح القوانين لهذه المسألة بالذات فمنهم من رأى الفعل دفاعاً ومنهم من لم يره كذلك ، وعرضت قضية من هذا النوع على المحاكم الفرنسية فقضت ببراءة صاحب المسكن على اعتبار أن عمله طريقة من طرق الدفاع الشرعى[(٣)] .

٣٣٧ - أيكون للصائل حق الدفاع ؟ : يصبح الصائل فى حالة دفاع إذا تعدى المصول عليه حدود الدفاع المشروع ؛ لأن عمل المصول عليه يصبح حينذاك اعتداء والدفاع يتولد عن الاعتداء ، أما إذا بقى فعل المصول عليه فى حدود الدفاع فلا يعتبر الصائل إلا معتدياً وليس له أن يدعى بأنه كان يدفع عن نفسه . وإذا تجاوز المصول عليه حد الدفاع اعتبر عمله اعتداء ، وكان للصائل أن يدفع عن نفسه هذا الاعتداء بأيسر مايندفع به .

٣٣٨ - حكم دفع الصائل : من المتفق عليه بين الفقهاء أن أفعال الدفاع مباحة ، فلا مسئولية على المدافع من الناحية الجنائية ؛ لأن الفعل ليس جريمة ، ولا مسئولية عليه من الناحية المدنية ؛ لأنه أتى فعلا مباحا وأدى واجباً أواستعمل حقاً قرره الشارع وأداء الواجبات واستعمال الحقوق لا يترتب عليه أية

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥٢٤ - تحفة المحتاج ج ٥٠ - المغنى ج ٩ ص ٥٧١ .
(٢) تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٩٦ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤١ .
(٣) القسم العام لأحمد بك صفوت ص ٢٢٤ .

مسئولية . أما إذا تعدى المدافع حـــدود الدفاع المشروع فعمله جريمة يسأل عنها من الناحيتين الجنائية والمدنية .

وقد بينا من قبل أن أبا حنيفة يرى مسئولية المدافع مدنياً عن قتل الصبي والمجنون أو جرحهما أو قتل الحيوان أو جرحه ، كما بينا أن أبا يوسف يخالفه ويرى المسئولية المدنية فقط فى حالة قتل الحيوان ، وقلنا إن هذين الرأيين مخالفان لما يراه جمهور الفقهاء .

٣٣٩ - بين الشريعة والقانون : هـــذا هو دفع الصائل فى الشريعة الإسلامية ، وأحكام القوانين الوضعية وآراء شراحها لاتـكاد تختلف اليوم شيئاً عن أحكام الشريعة ، وقد بينا الأساس الذى يقوم عليه الدفاع فى الشريعة وقارناه بالأسس التى قام عليها الدفاع فى القوانين و يقوم عليها اليوم . أما شروط الدفاع فى الشريعة فهى نفس الشروط فى القوانين الوضعية الحديثة وعلى الأخص فى القانون المصرى والفرنسى ، وآراء الشراح فى هرب المدافع لاتختلف عن آراء الفقهاء ، فبعضهم يرى هرب المدافع وبعضهم لا يراه ، و بعضهم يفرق بين الهرب المشين والهرب غير المشين ويوجب الهرب إذا لم يكن شائناً ، وحكم الدفاع فى الشريعة هو نفس حكمه فى القوانين الوضعية التى تجعل الفعل مباحاً ولا ترتب مسئولية جنائية أو مدنية على المدافع إلا فى حالة تجاوز الدفاع .

المطلب الثانى

فى الدفاع الشرعى العام

أو

الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر

٣٤٠ - مصدر إيجاب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر : الأصل فى الأمر بالمعروف والنهى عن المنـكر قوله تعالى ﴿ولتكن منكم أمة

يدعون إلى الخير و يأمرون بالمعروف و ينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون﴾ [آل عمران : ١٠٤] وقوله ﴿ ليسوا سواء من أهل الكتاب أمة قائمة يتلون آيات الله آناء الليل وهم يسجدون، يؤمنون بالله واليوم الآخر ويأمرون بالمعروف و ينهون عن المنكر و يسارعون فى الخيرات وأولئك من الصالحين﴾ [آل عمران: ١١٣، ١١٤] وقوله : ﴿ والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر و يقيمون الصلاة ﴾ [التوبة : ٧١] وقوله ﴿ لعن الذين كفروا من بنى إسرائيل على لسان داود وعيسى بن مريم ذلك بما عصوا وكانوا يعتدون كانوا لا يتناهون عن منكر فعلوه لبئس ما كانوا يفعلون﴾ [المائدة: ٧٨، ٧٩] وقوله : ﴿ كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر﴾ [آل عمران: ١١٠] وقوله ﴿ الذين إن مكناهم فى الأرض أقاموا الصلاة وآتو الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر ﴾ [الحج : ٤١] وقوله ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ﴾ [المائدة : ٢] وقوله ﴿ لا خير فى كثير من نجواهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس ومن يفعل ذلك ابتغاء مرضاة الله فسوف نؤتيه أجراً عظيما﴾ [النساء: ١١٤] وقوله ﴿وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء إلى أمر الله ﴾ [الحجرات : ٩] .

وقد تأكدت هذه المعانى جميعاً بأحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم. ومنها أنه روى عن أبى بكر رضى الله عنه أنه قال فى خطبة خطبها : أيها الناس إنكم تقرأون هذه الآية وتؤولونها على خلاف تأويلها ﴿ياأيها الذين آمنوا عليكم أنفسكم لا يضركم من ضل إذا اهتديتم ﴾ [المائدة : ١٠٥] وإنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « ما من قوم عملوا بالمعاصى وفيهم من يقدر أن ينكر عليهم فلم يفعل إلا يوشك أن يعمهم الله بعذاب من عنده » .

وروى عن أبى ثعلبة الخشنى أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم

عن تفسير قوله تعالى ﴿ لا يضركم من ضل إذا اهتديتم ﴾ فقال « يا أبا ثعلبة مر بالمعروف وانه عن المنكر فإذا رأيت شحاً مطاعاً وهوى متبعا ودنياً مؤثرة وإعجاب كل ذى رأى برأيه فعليك بنفسك ودع عنك العوام » .

وقال صلى الله عليه وسلم «لتأمرن بالمعروف ولتنهون عن المنكر أو ليسلطن الله عليكم شراركم ثم يدعوا خياركم فلا يستجاب لهم » .

وقال «ما أعمال البر عند الجهاد فى سبيل الله إلا كنفثة فى بحر لجى، وما جميع أعمال البر والجهاد فى سبيل الله عند الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر إلا كنفثة فى بحر لجى » .

وقال «إياكم والجلوس على الطرقات » قالوا: مالنا بد، إنما هى مجالسنا نتحدث فيها . قال : «فإذا أبيتم إلا ذلك فاعطوا الطريق حقها» قالوا . وما حق الطريق؟ قال:غض البصر وكف الأذى ورد السلام والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر» .

وقال أبو عبيدة بن الجراح قلت يا رسول الله أى الشهداء أكرم على الله عز وجل؟ قال «رجل قام إلى وال جائر فأمره بالمعروف ونهاه عن المنكر فقتله فإن لم يقتله فإن القلم لا يجرى عليه بعد ذلك وإن عاش ما عاش » .

وقال الحسن البصرى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أفضل شهداء أمتى رجل قام إلى إمام جائر فأمره بالمعروف ونهاه عن المنكر فقتله على ذلك، فذلك الشهيد منزلته فى الجنة بين حمزة وجعفر » .

وقال عمر بن الخطاب ـ رضى الله عنه ـ سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «بئس القوم قوم لا يأمرون بالقسط ، وبئس القوم قوم لا يأمرون بالمعروف ولا ينهون عن المنكر » .

وروى عن أبى سعيد الخدرى أن رسول الله قال « من رأى منكم منكراً فاستطاع أن يغيره بيده فليغيره بيده ، فإن لم يستطيع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان » .

٣٤١ - ماهية الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر : المعروف هو كل قول أو فعل ينبغى قوله أو فعله طبقاً لنصوص الشريعة الإسلامية ومبادئها العامة وروحها ، كالتخلق بالأخلاق الفاضلة ، والعفو عند المقدرة ، والإصلاح بين المتخاصمين وإيثار الآخرة على الدنيا،والإحسان إلى الفقراء والمساكين ، وإقامة المعاهد والملاجىء والمستشفيات ، ونصرة المظلوم ، والتسوية بين الخصوم فى الحكم ، والدعوة إلى الشورى ، والخضوع لرأى الجماعة وتنفيذ مشيئتها ، وصرف الأموال العامة فى مصارفها إلى غير ذلك .

والمنكر هو كل معصية حرمتها الشريعة سواء وقعت من مكلف أو غير مكلف ، فمن رأى صبياً أو مجنوناً يشرب خمراً فعليه أن يمنعه ويريق خمره ، ومن رأى مجنوناً يزنى بمجنونة أو يأتى بهيمة فعليه أن يمنع ذلك ، والمنع واجب سواء ارتكب المعصية فى سر أو فى علانية .

ويعرف المنكر عند بعض الفقهاء بأنه كل محذور الوقوع فى الشرع (١) ، ويفضل هؤلاء الفقهاء التعبير بمحذور الوقوع على التعبير بالمعصية ؛ لأن المنكر عندهم أعم من المعصية ؛ ولأنهم لا يعتبرون فعل الصبى والمجنون معصية ؛ لأن الفعل فى رأيهم لا يكون معصية إلا إذا كان فاعله عاصياً ؛ ولأن المعصية بلا عاص محال .

والأمر بالمعروف قد يكون قولا محضاً كالدعوة إلى التبرع المذكور بين أو الانخراط فى سلك المجاهدين ، وقد يكون الأمر بالمعروف عملا محضاً كالتبرع بمبلغ من المال أو الانضمام إلى المجاهدين ، وقد يجتمع القول والعمل كالدعوة إلى الجهاد والانخراط فى سلك المجاهدين،أو كالدعوة إلى إخراج الزكاة وإخراج الداعى لها فعلا .

---

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج ٧ ص ٣٥ .

والنهى عن المنكر قد يكون قولا محضاً كالنهى عن شرب الخمر، وقد يكون عملا محضا كإراقة الخمر أو منع شاربها بالقوة من شربها . وإذا كان النهى عن المنكر قولا ، فهو النهى عن المنكر ، وإذا كان عملا فهو تغيير المنكر .

فالأمر بالمعروف إذن هو الترغيب فيما ينبغى عمله أو قوله طبقا للشريعة ، والنهى عن المنكر هو الترغيب فى ترك ماينبغى تركه أو تغيير ماينبغى تركه طبقا للشريعة (٢) .

٣٤٢ - التكييف الشرعى للأمر بالمعروف والنهى عن المنكر :-

من المتفق عليه بين الفقهاء أن الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ليس حقا للأفراد يأتونه إن شاءوا و يتركونه إذا شاءوا ، وليس مندوبا إليه يحسن بالأفراد إتيانه وعدم تركه ، و إنما هو واجب على الأفراد ليس لهم أن يتخلوا عن أدائه، وفرض لا محيص لهم من القيام بأعبائه ، وقد أوجبت الشريعة الأمر بالمعروف ، والنهى عن المنكر لتقوم الجماعة على الخير ، و ينشأ الأفراد على الفضائل ، وتقل المعاصى والجرائم ، فالحكومة تأمر بالمعروف وتنهى عن المنكر ، والجماعات تأمر بالمعروف وتنهى عن المنكر، والأفراد يأمرون بالمعروف و ينهون عن المنكر ، و بذلك يستقر أمر الخير والمعروف بين الجماعة ، و يقضى على المنكر والفساد بتعاون الصغير والكبير والحاكم والمحكوم .

والفقهاء ، و إن كانوا قد اتفقوا على وجوب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر إلا أنهم اختلفوا فى تحديد هذا الواجب من وجهين : الوجه الأول فى صفة الواجب ، والوجه الثانى فيمن يلزمهم هذا الواجب .

الاختلاف فى صفة الواجب :- انقسم الفقهاء فريقين فى تحديد صفة الوجوب ، فقال البعض إن الواجب فرض عين أى : واجب محتم ، وعلى كل مسلم

---

(١) الفخر الرازى ج ٣ ص ٢٠ .

أن يؤديه بنفسه على قدر استطاعته ولو كان هناك من هو أقدر منه على تأديته أو من هو على استعداد لتأديته ، أومن هو متفرغ لتأديته ، وهم يشبهونه بفريضة الحج فهى فرض عين ، ولكن على المستطيع ، وعندهم أن فريضة الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر آكد من فريضة الحج ، ولم تشترط فيها الاستطاعة ؛ لأنها مستطاعة دائماً ، فالاستطاعة فى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ممكنة لجميع الأفراد ، فالجاهل يستطيع أن يأمر بالمعروف فيما هو ظاهر كأداء الصلاة والصوم، وأن ينهى عن المنكر فيما لا يخفى كالسرقة والزنا ، والعالم يستطيع أن يأمر بالمعروف و ينهى عن المنكر فيما هو ظاهر ، وفيما هو خفى . و يرى أصحاب هذا الرأى أن فى جعل الواجب فرض عين حفاظاً للأمة وحرزاً لها من الفساد والتحلل [(١)] .

ورأى الفريق الآخر وهم جمهرة الفقهاء أن الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، من فروض الكفايات كالجهاد ، فهو واجب حتم على كل مسلم ، ولكن هذا الواجب يسقط عن الفرد إذا أداه عنه غيره [(٢)] ، و يستدلون على ذلك بقوله تعالى: ﴿ ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير و يأمرون بالمعروف و ينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون ﴾ وعندهم أن من [(٣)] للتبعيض ، وأن الله قال : ﴿ ولتكن منكم أمة ﴾ ولم يقل كونوا كلكم آمرين بالمعروف ، فإذا قام به واحد أو جماعة سقط الحرج عن الآخرين ، فهو فرض ؛ لأن الله أوجبه بقوله : ﴿ ولتكن ﴾ وهو فرض كفاية ؛ لأنه واجب على البعض لا على الكل [(٤)] .

الاختلاف فيمن يلزمهم الواجب :ـ يرى جمهرة الفقهاء أن الأمر بالمعروف

---

(١) تفسير المنار ج ٤ ص ٣٤ ، ٣٥ ـ أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢٩ .
(٢) الفخر الرازى ج ٣ ص ١٩ ـ الكشاف للزمخشرى ج ١ ص ٣١٩ ـ أحكام القرآن لابن العربى ج ١ ص ١٢٨ ـ أحكام القرآن للقرطبى ج ٤ ص ١٦٥ ـ أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢٩ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٧٩ ـ مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٤٨ .
(٣) يرى الفريق الأول أن من للبيان وليست للتبعيض .
(٤) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج ٧ ص ٥ .

والنهى عن المنكر واجب على كل أفراد الأمة لقوله تعالى : ﴿ كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر ﴾ ويرى بعض الفقهاء أن واجب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر لا يقع إلا على عاتق القادرين على أدائه وهم علماء الأمة دون غيرهم ، وحجتهم أن الجاهل ربما نهى عن معروف وأمر بمنكر وقد يغلظ فى موضع يستوجب اللين ، ويلين فى موضع الغلظة ، وينكر على من لا يزيده الإنكار إلا تماديا وإصرار ، وأنه ربما عرف الحكم فى مذهب وجهله فى مذهب آخر ، وأصحاب هذا الرأى من القائلين بأنه فرض كفاية ،وعندهم أنه مادام الواجب على الكفاية ، فإنه يسقط عن البعض إذا قام به البعض الآخر ، وهذا يتفق تماما مع تخصيص العلماء بهذا الواجب [٢] . ويرد على هؤلاء بأن الواجب لا يسقط بتحميله للبعض دون البعض ، وإنما يسقط بالأداء ، فإذا لم يقم به العلماء فهو فرض على غيرهم ، وفضلا عن ذلك فإن طبيعة الواجب على الكفاية تقتضى أن يلتزم به الكل ، ويظلوا مسئولين عنه حتى يؤديه بعضهم فيسقط عن الباقين بالأداء ، ثم إن وضع واجب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر على عاتق الجاهل لن يؤدى إلى الأضرار التى يتوقعونها ؛ لأن الجاهل بطبيعة الحال لا يأمر ولا ينهى إلا فيما هو ظاهر لا خلاف عليه كأداء الصلاة والنهى عن السرقة والزنا .

٣٤٣ ـ الشروط الواجب توفرها فى الآمر بمعروف والناهى عن منكر :ـ

رأينا فيما سبق أن جمهرة الفقهاء توجب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر على كافة أفراد الأمة لا على فئة معينة منها ، ولكنهم مع ذلك يشترطون شروطا خاصة فيمن يأمر بالمعروف أو ينهى فى المنكر ، وبعض هذه الشروط يرجع إلى طبيعة الواجب ، وإلى مبادىء الشريعة العامة ، وبعضها متفق عليه ، وبعضها

---

(١) الفخر الرازى ج ٣ ص ٢٠ ـ الكشاف للزمخشرى ج ١ ص ٣١٨ ـ مجموعة الرسائل لابن تيمية . الحسبة ص ٣٧ ، ٦٦ .

مختلف فيه ، وهى جميعا لا تخرج عن خمسة شروط :

الشرط الأول التكليف : يشترط فيمن يأمر بالمعروف و ينهى عن المنكر أن يكون مكلفا أى مدركا مختارا ، وهذا الشرط لازم إذا نظر إلى وجوب الأمر والنهى ؛ لأن ترك القيام بالواجب يؤدى إلى مسئولية التارك ، ولا مسئولية على غير مكلف طبقا لقواعد الشريعة العامة ، وعلى هذا فالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر باعتباره واجبا لا يجب إلا على مكلف .

واعتبار الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر واجبا لا يمنع غير المكلف من الأمر والنهى باعتبارهما قربة من القربات [1] ؛ لأن غير المكلف أهل للقربات، وله أن يأتى القربات ولو أنها لا تجب عليه ، ولا يجوز منعه من إتيانها ،ولكن له هو إن شاء أن يمتنع من نفسه عن إتيانها ، كصلاة الصغير وصومه ،فإن الصلاة لاتجب عليه ، وكذلك الصوم فإذا أتى أحدهما كان عمله قربة ، ولم يجز لأحد أن يمنعه من الصلاة أو الصوم ، لكن إذا شاء الصغير أن يمتنع فلا إثم عليه فى الامتناع ، وعلى هذا فإن الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر إذا لم يكن واجبا على غير المكلف فهو حق له يأتيه إن شاء و يتركه إن شاء ، فالصبى المراهق للبلوغ له و إن لم يكن مكلفا إنكار المنكر ، وله أن يريق الخمر و يكسر أدوات الملاهى ، و إذا فعل ذلك نال به ثوابا ، ولم يكن لأحد منعه على اعتبار أنه غير مكلف به .

الشرط الثانى وهو الإيمان :— يشترط فيمن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر أن يكون مؤمنا بالدين الإسلامى ، فالمسلم وحده هو الذى يقع على عاتقه واجب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر أما غير المسلم فلا يلتزم بهذا الواجب [2]

---

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج ٧ ص ١٤ .

(٢) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج ٧ ص ١٥ .

وقد روعى فى اشتراط هذا الشرط ترك الحرية التامة لغير المسلم فى أن يعتقد ما يشاء ، وحمايته من الإكراه على اعتناق ما يخالف عقيدته ، فالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر يدخل فيه الأمر بكل ما أوجبت الشريعة عمله أو حببت للناس فعله من صلاة وصيام وحج وتوحيد وغير ذلك ، والنهى عن المنكر يدخل فيه النهى عن كل ما خالف الشريعة من أفعال وعقائد فيدخل فيه النهى عن التثليث وعن القول بصلب المسيح وقتله ، و يدخل فيه النهى عن الترهب وعن شرب الخمر وعن أكل لحم الخنزير وغير ذلك مما تخالف فيه الشريعة الإسلامية الأديان الأخرى فلو ألزم غير المسلم بواجب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر لألزم بأن يقول بما يقول به المسلم و بأن يعتقد ما يعتقده المسلم ، ولألزم بأن يبطل عقيدته الدينية ويظهر عقيدة الإسلام ، وهذا هو الإكراه فى الدين الذى تحرمه الشريعة الإسلامية فى قوله تعالى : ﴿ لا إكراه فى الدين ﴾ فمن أجل حماية حرية العقيدة جعل هذا الواجب على المسلم دون غيره .

الشرط الثالث وهو القدرة : ـ ويشترط فى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر أن يكون قادراً على الأمر والنهى وتغيير المنكر ، فإن كان عاجزاً فلا وجوب عليه إلا بقلبه أى : عليه أن يكره المعاصى وينكرها و يقاطع فاعليها .

وسقوط الواجب لا يترتب على العجز الحسى وحده ، بل يلحق بالعجز الحسى خوف الآمر والناهى من أن يصيبه مكروه ، أو أن يؤدى نهى الناهى إلى منكر شر من المنكر الذى نهى عنه ، ففى هذين الحالين يسقط الواجب أيضاً ، فمن علم أن أمره أو نهيه لن ينفع وأنه سيضرب إذا تكلم لم يجب عليه أمر أو نهى ، وعليه فقط أن يكره المعصية وينكرها بقلبه ويقاطع فاعليها وأن لا يحضر مواضع المعاصى والمناكر ، ومن علم أن نهيه إذا نهى عن منكر سيؤدى إلى إزالته أو إلى أن يزول ويخلفه ما هو أقل منه رتبة فقد وجب عليه النهى عن المنكر ، و إذا علم أن النهى عن المنكر سيؤدى إلى منكر آخر فى

درجته فهو بالخيار إن شاء منع المنكر ونهى عنه ، وإن شاء تركه بحسب ما يؤديه إليه اجتهاده ، أما إذا علم أن إزالة المنكر ستؤدى إلى ما هو أشر منه فقد سقط عنه الواجب ، بل حرم عليه النهى ، ومن الأمثلة على ذلك أن يجد مع شخص شراباً حلالا نجس بسبب وقوع نجاسة فيه و يعلم أنه لو أراقة لشرب صاحبه الخمر فلا معنى لإراقته ، ومثل ذلك ما حدث من ابن تيمية ، فقد مر وبعض أصحابه فى زمن التتار بقوم منهم يشربون الخمر ، فأنكر عليهم أصحاب ابن تيمية شرب الخمر ولكن ابن تيمية أنكر على أصحابه قولهم ، وقال لهم : إنما حرم الله الخمر ؛ لأنها تصد عن ذكر الله وعن الصلاة ، وهؤلاء تصدهم الخمر عن قتل النفوس وسبى الذرية ، وأخذ الأموال ، فدعوهم وخمرهم[١] .

ومن علم أن أمره أو نهيه لا يفيد ولكنه لم يخف مكروهاً ، فلا يجب عليه الأمر والنهى[٢] لعدم فائدتهما ، ولكن يستحب له أن يأمر وينهى لإظهار شعائر الإسلام وتذكير الناس بأمر الدين[٣] .

ومن استطاع أن يبطل المنكر بفعله ولكنه يعلم أنه يصاب بمكروه بسبب تعرضه لإبطال المنكر ، فلا يجب عليه إبطال المنكر ، ولكن يستحب له أن يبطله[٤] كمن يقدر على إراقة الخمر أو تكسير أدوات اللهو ، ولكنه يعلم أنه سيضرب إن فعل هذا ، فلا يجب عليه إبطال المنكر ، وإنما يستحب له أن يبطله لا باعتباره واجباً ، بل باعتباره قربة من القربات .

ويلحق بالعجز الحسى العجز العلمى ، فالعامى لا يجب عليه الأمر والنهى إلا فى الجليات المعلومة كشرب الخمر والزنا والسرقة وترك الصلاة ، وفيما عدا الجليات

---

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج ٧ ص ٢٦ وما بعدها ـ أعلام الموقعين الجزء الثالث ص ٢٨ مجموعة الرسائل ـ الحسبة ص ٦٧ ، ٦٨ .

(٢) إحياء علوم الدين المجلد الثانى الجزء السابع ص ٢٦ .

(٣) يرى البعض أن الواجب لا يسقط فى هذه الحالة . راجع أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٨٠ .

(٤) إحياء علوم الدين المجلد الثانى الجزء السابع ص ٢٦ .

المعلومة لا يجب عليه أمر ولا نهى ؛ لأنه يعجز عن فهم حقائقها ومعرفة فقهها ولو سمح له بالخوض فيها لـكان ما يفسده أكثر مما يصلحه[١].

ولا يشترط فى إسقاط الواجب بالعجز وما يلحق به أن يكون العجز وما فى حكمه معلوماً علماً محققاً ، بل يكفى فيه الظن الغالب ؛ لأن للظن الغالب فى هذه الحالات معنى العلم وحكمه ، فمن غلب على ظنه أن إنكاره لا يفيد لم يجب عليه إنكار ، ومن غلب على ظنه أنه يصاب بمكروه لم يجب عليه ، وإن غلب على ظنه أنه لا يصاب وجب عليه ، أما إذا شك فيه من غير رجحان ، فإن الشك لا يسقط الوجوب[٢].

الشرط الرابع وهو العدالة : ـ يشترط بعض الفقهاء هذا الشرط ، فيرون أن الآمر بالمعروف والناهى عن المنكر لا يصح أن يكون فاسقاً ، ويحتجون بقوله تعالى ﴿ أتأمرون الناس بالبر وتنسون أنفسكم ﴾ [البقرة : ٤٤] وبقوله : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون . كبر مقتاً عنـد الله أن تقولوا ما لا تفعلون ﴾ [الصف : ٣ ، ٤] وعندهم أن هداية الغير فرع للاهتداء . وتقويم الغير فرع للاستقامة ، وأن العاجز عن إصلاح نفسه أشد عجزاً عن إصلاح غيره .

ولـكن الرأى الراجح لدى الفقهاء : أن للفاسق أن يأمر بالمعروف وينهى عن المنـكر ، وأنه لا يشترط فى الآمر أو الناهى أن يكون معصوماً عن المعاصى كلها ؛ لأن فى اشتراط هذا الشرط سد لباب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، ولهذا قال سعيد بن جبير : « إن لم يأمر بالمعروف ولم ينه عن المنكر إلا من لا يكون فيه شىء لم يأمر أحد بشىء » .

والأصل أن الفاسق يفسق بإتيانه المعاصى ، أى : بإتيانه المحرمات وترك الواجبات ، فإذا حرم على الفاسق أن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر كان معنى

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثانى الجزء الخامس ص٢٨ ، تفسير المنار الجزء الرابع ص٣٤.
(٢) إحياء علوم الدين الجزء الخامس ص ٢٨ ، ٢٩ .

ذلك أن ترك الواجب يسقط غيره من الواجبات ، وأن الواجب يصير حراماً بارتكاب حرام آخر .

وليس فى الآيتين اللتين استدل بهما الفريق الأول ما يمنع الفاسق من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، وإنما جاءا بالنعى على من يأمر بالمعروف ولا يأتيه وينهى عن المنكر و يأتيه ، والمقصود منهما أن يجعل الإنسان فعله مصدقاً لقوله ليكون لقوله أثره ونتيجته المرجوة[1] .

الشرط الخامس وهو الإذن : و يشترط بعض الفقهاء فيمن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر أن يأذن له الإمام أو الحاكم بذلك ، وحجتهم أن الإمام أو الحاكم يستطيع اختيار من يحسن القيام بهذه الوظيفة ، وأن تركها إلى الأفراد دون قيد ولا شرط يؤدى إلى الفساد والفتن . ولكن جمهرة الفقهاء على خلاف هذا الرأى ، ولا يشترطون للأمر بالمعروف والنهى عن المنكر إذن شخص أو هيئة ما ، و يرون أن تخصيص أناس من قبل الإمام لأداء هذه الوظيفة لا يمنع غيرهم من القيام بها ، وحجتهم أن النصوص الواردة فى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر حاصة توجب على كل فرد الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، وتجعل كل من رأى منكراً فسكت عليه عاصياً ، وتضع على عاتقه أن ينهى عنه أينما رآه وكيفما رآه ، فالتخصيص بشرط التفويض من الإمام تحكم لا أصل له . وفضلا عن ذلك فإن الإمام والحاكم ممن يوجه إليهم الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، وإذا كان من الواجب أمر الإمام بالمعروف ونهيه عن المنكر فكيف يحتاج فى إذنه لتأدية الواجب .

والرأى الأخير هو الرأى الذى جرى عليه العمل فى كل العهود حتى فى الأوقات التى خصص فيها الخلفاء والولاة رجالا معينين للأمر بالمعروف والنهى

---

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثانى الجزء الخامس ص ١٥ ـ ١٧ الكشاف الجزء الأول ص ٣١٩ ـ أحكام القرآن للجصاص ص ٣٣ الجزء الثانى .

عن المنكر ، فإن هذا التخصيص لم يمنع أى فرد من أفراد الأمة عن القيام بهذا الواجب ، بل لقد كان بعض الأفراد يتصدون إلى الولاة والخلفاء فيأمرونهم بالمعروف وينهونهم عن المنكر ، و يتصدون لتغيير المنكر بأيديهم فلا يستطيع الخلفاء والولاة أن يقولوا لمن فعل شيئا من ذلك إنك مخطىء[1] .

والذين يشترطون إذن الإمام يقصدون من هذا الشرط تنظيم الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، ولا يقصدون تحريمها على من لم يؤذن له ، فمن لم يؤذن له إذا وجد جماعة يشربون خمراً فكسر دنانهم وأراق خمرهم ، أو وجد رجلا يزنى ولم يستطع منعه إلا بقتله فقتله ، لايعتبر أنه ارتكب جريمة الإتلاف أو جريمة القتل ؛ لأن الفعلين مباحان له بنصوص الشريعة الصريحة ، و إنما يعاقب على مخالفته أمر الإمام أو استخفافه بأوامر السلطة التنفيذية .

٣٤٤ - شروط الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر : - ليس للأمر بالمعروف شروطاً خاصة ولا أوقاتاً خاصة ؛ لأن الأمر بالمعروف نصيحة وهداية وتعليم ، وكل ذلك جائز فى كل وقت وفى كل مناسبة . أما النهى عن المنكر وتغييره فله شروط خاصة يجب توفرها لجواز النهى أو التغيير وهذه الشروط هى (١) وجود منكر (٢) وأن يكون موجوداً فى الحال (٣) وأن يكون ظاهراً دون تجسس (٤) وأن يدفع المنكر بأيسر ما يندفع به .

الشرط الأول : وجود منكر : يشترط لجواز النهى عن المنكر أو تغيير المنكر أن يكون هناك منكر . والمنكر هو كل معصية حرمتها الشريعة أو هو كل ما كان محذور الوقوع فى الشرع ، ويستوى أن يكون فاعل المنكر مكلفاً أو غير مكلف ، فمن رأى صبياً أو مجنوناً يشرب الخمر فعليه أن يريق خمره ويمنعه

---

(١) تفسير المنار ج ٤ ص ٣٣ وما بعدها - إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج ٧ ص ١٩ وما بعدها - أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٣٣ - البحر الرائق ج ٥ ص ٤٥ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٧٩ وما بعدها - مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٤٨ - الكشاف ج ١ ص ٣١٩ .

وكذا إن رأى مجنوناً يزنى بمجنونة أو يأتى بهيمة فعليه أن يمنعه ، ولا فرق بين الصغيرة والكبيرة فى النهى عن المنكر أو تغيير المنكر فكشف العورة فى الحمام والخلوة بالأجنبية ، وإتباع النظر للنسوة الأجنبيات ، كل ذلك منكر وإن كان من الصغائر ويجب النهى عنه ومنعه (١) .

ولكن يشترط فى المنكر أن يكون منكراً معلوما دون حاجة لاجتهاد ، فكل ماهو محل للاجتهاد لامحل للنهى عنه أو تغييره ، فليس للحنفى مثلا أن ينكر على شافعى أكله الضب والضبع ، وليس للشافعى أن ينكر على حنفى نكاحا لا ولى فيه (٢) .

الشرط الثانى :أن يكون موجوداً فى الحال : ويشترط فى المنكر أن يكون حالاً بمعنى أن تكون المعصية راهنة وصاحبها مباشراً لها وقت النهى أو التغيير كشربه الخمر أو خلوته بأجنبية ، فإذا فرغ من المعصية فليس ثمة مكان للنهى عن المنكر أو تغييره . وإنما هناك محل للعقاب على المعصية والعقاب من حق السلطات العامة وليس للأفراد ، فإذا اعترض شخص الجانى فجرحه أو آذاه أو شتمه فهو مرتكب لجريمة ، أما إن فعل ذلك أثناء مباشرة المعصية وكان المنع عنها يقتضى هذا الفعل فهو ناه عن منكر أو مغير لمنكر ولا يعتبر فعله جريمة ؛ لأن فعله أداء لواجب .

وإذا كانت المعصية متوقعة الحصول كمن يعد الموائد ويزين المجلس استعدادا لشرب الخمر فليس على مثل هذا من سبيل إلا بالوعظ والنصح وما زاد على ذلك كالتعنيف والشتم والضرب فهو جريمة ، بل إن الوعظ أو النصح لايجوز إذا أنكر عزمه على الشرب ؛ لأن فى الوعظ والنصح بعد إنكاره إساءة ظن بالمسلم .

الشرط الثالث : أن يكن ظاهراً دون تجسس أو تفتيش : ــ يشترط للنهى عن المنكر أو تغييره أن يكون المنكر ظاهراً بغير تجسس أو تفتيش ، فإذا توقف

---

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج ٧ ص ٣٥ ، ٣٦ .

(٢) المرجع السابق ص ٣٧ ، ٣٨ ــ أسنى المطالب حـ ٤ ص ١٨٠ .

إظهار المنكر على التجسس أو التفتيش لم يجز إظهار المنكر ؛ لأن الله حرم التجسس فى قوله ﴿ولا تجسسوا﴾ [الحجرات: ١٣] ولأن للبيوت حرمة وللأشخاص حرمة لا يجوز انتهاكها قبل أن تظهر المعصية ؛ ولأن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن تتبع عورات الناس فقال لمعاوية « إنك إن تتبعت عورات الناس أفسدتهم أو كدت تفسدهم » وقال عليه السلام « يا معشر من آمن بلسانه ولم يدخل الإيمان قلبه لا تغتابوا المسلمين ، ولا تتبعوا عوراتهم ، فإنه من يتبع عورة أخيه المسلم يتبع الله عورته ، ومن يتبع الله عورته يفضحه ولو كان فى جوف بيته » وقد استقر الأمر فى الشريعة على هذا من أول يوم ومما يذكر فى هذا الباب ما حدث من عمر رضى الله عنه فقد تسلق دار رجل فوجده على معصية فأنكر عليه فقال يا أمير المؤمنين إن كنت أنا قد عصيت الله من وجه واحد فأنت قد عصيته من ثلاثة أوجه ، فقال وما هى ؟ فقال : قد قال الله تعالى ﴿ ولا تجسسوا ﴾ وقد تجسست . وقال تعالى ﴿وأتوا البيوت من أبوابها ﴾ وقد تسورت من السطح ، وقال ﴿لا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها ﴾ وما سلمت . فتركه عمر وشرط عليه التوبة ، وإذا كان عمر قد تركه فلم يعاقبه ولم يغير المنكر فذلك ؛ لأن دخول المسكن هو الذى أظهر المنكر وهو دخول بغير حق ومن غير وجهه ، ومثل هذا ما رواه عبد الرحمن بن عوف قال «خرجت مع عمر رضى الله عنه ليلة فى المدينة فبينما نحن نمشى إذ ظهر لنا سراج فانطلقنا نؤمه فلما دنونا منه إذا باب مغلق على قوم لهم أصوات ولغط ، فأخذ عمر بيدى وقال : أتدرى بيت من هذا ؟ قلت لا . فقال : هذا بيت ربيعة بن أمية بن خلف وهم الآن شرب فما ترى ؟ قال أرى أنا قد أتينا ما نهانا الله عنه قال الله تعالى ﴿ ولا تجسسوا ﴾ فرجع عمر وتركهم» .

وتحريم التجسس والتفتيش يترتب عليه أنه لا ينبغى لإنسان مثلا أن يسترق السمع على دار غيره ليسمع صوت الغناء والأوتار ، ولا أن يستنشق ليدرك رائحة

الخمر والحشيش ، وليس لإنسان أن يتحسس ملابس شخص ليعرف مايخفيه تحتها ولا أن يدخل بيته ليعرف أى شىء يخفيه فيه ، بل ليس له أن يستخبر من جيرانه ليخبروه بما يجرى فى داره[١].

لكن إذا غلب على الظن استمرار شخص بالمعاصى لأمارات دلت على ذلك أو لخبر يغلب على الظن صدقه كشم رائحة الحشيش خارجة من مسكن شخص ، أو سماع صوت عيار أو استغاثة ، أو أن يخبره من يثق بصدقه أن رجلا خلا بامرأة ليزنى بها أو برجل ليقتله ، فيجوز فى مثل هذه الحالات التجسس والبحث والتفتيش ، حذراً من فوات مالا يستدرك من انتهاك المحارم وارتكاب المحظورات[٢] .

والأصل أن من أغلق باب داره وتستر بحيطانه فلا يجوز الدخول عليه بغير إذنه لتعرف المعصية والبحث عنها ، لكن إذا أخبر ابتداء من غير استخبار شخصان أو شخص واحد على رأى[٣] بأن فلانا يرتكب المعاصى فى بيته جاز دخول البيت دون إذن ، كذلك يجوز الدخول دون إذن إذا ظهرت المعصية فى الدار ظهوراً يعرفه من الخارج كظهور رائحة الخمر وأصوات السكارى[٤].

ودلالة الشكل كدلالة الرائحة والصوت ، وماظهرت دلالته فهو غير مستور بل هو مكشوف وقد أمرنا بأن نستر ما ستر الله وننكر على من أبدى لنا صفحته حيث يقول الرسول صلى الله عليه وسلم « من أتى شيئاً من هذه القاذورات فليستتر بستر الله ، فإنه من يبد لنا صفحته نقم حد الله تعالى عليه » والإبداء أى : إبداء الصفحة له درجات فتارة يبدو لنا بحاسة السمع وتارة بحاسة الشم وتارة بحاسة

---

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثانى جـ ٥ ص ٣٤ .
(٢) الأحكام السلطانية ص ٢١٨ .
(٣) أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٨٠ — الأحكام السلطانية ص ٢١٨ .
(٤) إحياء علوم الدين المجلد الثانى جـ ٥ ص ٣٦ ، ٣٧ ، ٤٤ .

البصر وتارة بحاسة اللمس ، ولا يمكن أن نخصص ذلك بحاسة البصر وحـدها إذ المراد العلم وغلبة الظن وهذه الحواس تفيدالعلم وغلبة الظن كما يفيدها البصر

الشرط الرابع : دفع المنـكر بأيسر ما يندفع به : يشترط فى دفع المنكر أن يدفع بما يدفعه و بأيسر ما يدفعه فلا يجوز أن يدفع بأقل مما يدفعه مادام الدافع قادراً على دفعه بالأكثر ، ولا يجوز أن يدفع بأكثر مما يدفعه ؛ لأن ما زاد على الحاجة يعتبر جريمة ، ولـكن يجوز دفع المنكر بأقل مما يدفعه فى حالة عدمالقدرة ، فإذا كان المنكر يدفع باليد ولم يكن الدافع قادراً على هـذه الوسيلة دفعه بلسانه فإن لم يستطع دفعه بقلبه .

ودفع المنكر بمـا يندفع به يقتضى أن تختلف وسائل دفع المنكر باختلاف نوع المنكر واختلاف حال فاعله ؛ لأن ما يندفع به شخص قد لا يندفع به آخر ، وما يصلح لدفع منكر لا يصلح لدفع منكر آخر .

٣٤٥ ـ وسـائل دفع المنكر : وقد حصر بعض الفقهاء[1] الوسائل الصالحة لدفع المنكر فى سبع وسائل وهى : التعريف ، والنهى بالنصح والوعظ ، والتعنيف ، والتغيير باليد ، والتهديد بالضرب والقتل ، وإيقاع الضرب والقتل ، والاستعانة بالغير .

التعريف : ويكون كلما أقدم الشخص على المنكر وهو يجهل أنه منكر ، فالوسيلة الصالحة لدفع المنكر فى هذه الحالة هى تعريف فاعل المنكر أن فعله منكر . ويجب أن يكون تعريفه باللطف من غير عنف ؛ لأن فى التعريف نسبته إلى الجهل وهذا فى ذاته إيذاء له ولـكن لا بدمنه لدفع المنكر ، فوجب أن يكون التعريف فى غاية اللطف حتى لا يكون إيذاء دون مبرر ؛ لأن إيذاء المسلم محرم .

النهى بالوعظ والنصح : ويوجه إلى من يقدم على الأمر وهو عالم بكونه

---

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج ٥ ص ٤٥ وما بعدها

منكراً إذا غلب على الظن أنه يؤدى إلى ترك المنكر ، كصاحب الغيبة الذى يعلم أنها محرمة ولكن يرجى أن يتركها لو وعظ ونصح ، و ينبغى أن يكون الناهى شفيقاً لطيفاً بعيداً عن العنف والغضب .

التعنيف : ويكون عند العجز عن المنع باللطف ، و يوجه إلى المصر المستهزىء بالوعظ والنصح ، و يشترط فى التعنيف شرطان : أحدهما : أن لا يقدم عليه إلا عند الضرورة والعجز عن اللطف والثانى : أن لا ينطق المعنف إلا بالصدق ولا يسترسل فى التعنيف فيطلق لسانه بما لا يحتاج إليه ، بل يقتصر على قدر الحاجة ، وليس للمعنف أن يسب فاعل المنكر بما فيه كذب ولا أن يقذفه ، وإنما يصح أن يخاطبه بما فيه مما لا يعد فحشاً كقوله يا فاسق يا جاهل يا أحمق يا غبى وما يجرى هذا المجرى ؛ لأن كل عاص فاسق والفاسق أحمق جاهل ولولا حمقه وجهله ماعصى الله ، وكل من ليس بكيس فهو أحمق ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام « الكيس من دان نفسه وعمل لما بعد الموت ، والأحمق من أتبع نفسه هواها وتمنى على الله » .

التغيير باليد : والمقصود بالتغيير هو ذات المنكر ككسر الملاهى ، وإراقة الخمر ، وخلع الحرير من رأس العاصى وعن بدنه ، وإخراجه من الدار المغصوبة ، وإزالة مايضعه من المواد فى الطريق العام فيسده أو يضيقه إلى غير ذلك .

والتغيير لا يكون إلا فى المعاصى التى تقبل بطبيعتها التغيير المادى ، أما معاصى اللسان والقلب فليس فى الاستطاعة تغييرها مادياً ، وكذلك كل معصية تقتصر على نفس العاصى وجوارحه الباطنة .

و يشترط فى التغيير باليد أن لا يباشر دافع المنكر التغيير بيده طالما استطاع أن يحمل فاعل المنكر على التغيير ، فليس له أن يجر الغاصب من الدار المغصوبة إذا كان يستطيع تكليفه الخروج منها ماشياً ، وليس له أن يريق الخمر بنفسه إذا استطاع أن يكلف شاربها أو محرزها بإراقتها .

ويشترط فى التغيير أيضاً أن يقتصر فيه على القدر المحتاج إليه ، فليس لدافع المنكر أن يأخذ بلحية الغاصب أو رجله ليخرجه من الدار المغصوبة مادام يستطيع أن يجذبه أو يجره إلى خارجها من يده ، وليس له أن يحرق أدوات الملاهى مادام يستطيع أن يكسرها ويعطلها عن العمل ، وحد الكسر أن تتكلف من النفقات فى إصلاحها ما يساوى ثمن مثلها . وليس له أن يكسر أوانى الخمر إذا استطاع أن يريق الخمر دون كسر الأوانى .

والأصل فيما سبق أن تغيير المنكر لا يقصد به إلا دفع المنكر ولا يقصد منه عقوبة فاعل المنكر ولا زجر غيره ، والزجر إنما يكون عن المستقبل والعقوبة تكون على الماضى ، والدفع على الحاضر الراهن ، وليس إلى آحاد الرعية إلا الدفع وهو إعدام المنكر وإزالته ، فما زاد على قدر الإعدام فهو إما عقوبة على جريمة سابقة أو زجر عن لاحق وذلك إلى السلطات العامة وليس للأفراد .

التهديد بالضرب والقتل : وينبغى أن يسبق الضرب كلما أمكن تقديمه عليه ويشترط فى التهديد أن لا يهدد الدافع بوعيد لا يجوز له تحقيقة كقوله لأنهبن دارك أو لأضربن ولدك أو لأسبين زوجتك ، بل ذلك إن قاله عن عزم فهو حرام ، وإن قاله من غير عزم فهو كذب ، وإنما يجوز له أن يهدد بما يجوز له تحقيقه فى سبيل دفع المنكر كقوله لأجلدنك لأكسرن رأسك لأضربن رقبتك وما أشبه ، وله أن يتوعده بأكثر مما فى عزمه الباطن إذا علم أن ذلك يردعه عن المنكر .

الضرب والقتل : ويجوز عند الضرورة أن يباشر دافع المنكر ضرب فاعل المنكر لكفه عنه ، ويشترط أن لا يندفع المنكر بغير الضرب ، وأن لا يزيد الضرب عن الحاجة فى الدفع ، فإذا اندفع المنكر بصفعة أو ضربة فليس للدافع أن يصفع أو يضرب مرة أخرى .

وإذا لم يندفع المنكر إلا بالجرح وإشهار السلاح فللدافع أن يشهر السلاح

وأن يجرح كما لو قبض فاسق على امرأة وبينه و بين الدافع نهر حائل أو جدار مانع فيأخذ بندقيته ويقول له خل عنها أو لأرمينك فإن لم يخل عنها فله أن يرمى، وينبغى أن لا يقصد المقتل بل الساق والفخذ وما أشبه ، وله أن يسل سيفه ويقول له اترك هذا المنكر أو لأضربنك فكل ذلك دفع للمنكر ودفعه واجب بكل ممكن ، ولا فرق فى ذلك بين مايتعلق بحقوق الله كالزنا وقطع الطريق وبين ما يتعلق بحقوق الأفراد كالضرب والجرح والغصب .

و إذا كان فاعل المنكر لا يمتنع عن المنكر إلا بقتال قد يؤدى إلى قتله كان على دافع المنكر أن يقاتله ولو كان المنكر الذى يراد منعه أقل درجة من القتل، فلو قصد إنسان أن يقطع طرف نفسه وكان لا يمتنع عن ذلك إلا بقتال ربما أدى لقتله وجب منعه عن القطع وقتاله عليه ؛ لأن الغرض ليس حفظ نفسه وطرفه بل الغرض حسم سبيل المنكر والمعصية ، وقتله فى دفع المنكر ليس معصية وقطع طرف نفسه معصية ، وذلك مثل دفع الصائل على المال بما يقتله فإنه جائز لا على معنى افتداء درهم من المال بروح شخص و إنما هو جائز بقصد دفع المعاصى، وقصد الصائل لأخذ المال معصية وقتله دفعاً للمعصية ليس فى ذاته معصية[1] .

الاستعانة بالغير : و إذا عجز الدافع عن دفع المنكر بنفسه واحتاج إلى أعوان يعينونه على دفعه بقوتهم وأسلحتهم ، فقد رأى بعض الفقهاء أن الأفراد ليس لهم أن يدفعوا المنكر بهذه الوسيلة وليس لهم مباشرتها ؛ لأنها تؤدى إلى تحريك الفتن واختلال الأمن والنظام ؛ لأن الفاسق قد يستعد أيضاً بأعوانه فيؤدى ذلك إلى القتال ؛ و إنما للأفراد أن يباشروا هذه الوسيلة إذا أذن لهم الإمام بمباشرتها ، وهو لا يأذن إلا لمن أقامه من قبله للأمر بالمعروف والنهى عن المنكر .

ورأى البعض الآخر أن للأفراد مباشرة هـذه الوسيلة دون حاجة لإذن

---

(١) إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج ٧ ص ٣٤ .

الإمام ؛ لأنه إذا جاز الأفراداستعمال الوسائل الأخرى فقد جاز لهم أن يستعملوا الوسيلة الأخيرة ؛ لأنه مامن وسيلة غيرها إلا وقد يؤدى استعمالها إلى التضارب ، والتضارب يدعو بالطبيعة إلى التعاون ، فلا ينبغى إذن أن يبالى بلوازم الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، وإذا كان انتهاء الأمر إلى الفتنة من النوادر والنادر لا حكم له فإنه يضاف إلى ذلك أنه ليس فى الشريعة مايمنع من القول بأن كل من قدر على دفع منكر فعليه أن يدفعه بيده وسلاحه و بنفسه وأعوانه .

٣٤٦ - هل يجوز استعمال الوسائل السابقة فى حق الكافة ؟ : يجوز استعمال الوسائل التى سلف ذكرها فى حق الكافة عدا الوالدين والزوج والحاكم.

فأما الوالدان فليس للولد عليهما إلا التعريف ثم النهى بالوعظ والنصح ، وليس له أن يعنفهما أو يهددهما أو يضربهما ، ولكن له على رأى أن يغير ما يأتيان من المنكر بحيث لا يمس شخصيهما ، كأن يريق خمرهما أو يرد مايجد فى بيتهما من مال مغصوب أو مسروق لأصحابه . وعلة استثناء الأبوين من الحكم العام أن الله تعالى نهى عن التأفف منهما و إيذائهما فقال : ﴿ ولا تقل لهما أف ولا تنهرهما ﴾ [الإسراء ٢٣] وقد ورد فى حق الأبوين ما يوجب الاستثناء من العموم إذ لا خلاف فى أن الأب لا يقاد بولده ، وأن الجلاد ليس له أن يقتل أباه فى الزنا حداً وليس له أن يباشر إقامة الحد عليه ، فإذا لم يجز للإبن إيذاء الأب بعقوبة هى حق على جناية سابقة فلا يجوز إيذاؤه بما هو منع عن جناية مستقبلة متوقعة .

وأما الزوجة فحكمها مع الزوج حكم الولد مع أبويه لقول الرسول صلى الله عليه وسلم «لو جاز السجود لمخلوق لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها» وهذا يقتضى منع المرأة من إيذاء الزوج .

وأما الرعية مع الحاكم أو السلطان أو الإمام فليس للرعية عليه إلا التعريف

والنهى بالموعظة والنصح ، أماالتغيير باليد فالرأى الراجح أنه غير جائز ؛لأنه يفضى إلى خرق هيبته و إسقاط حرمته وذلك محظور لقوله عليه الصلاة والسلام « من كانت عنده نصيحة لذى سلطان فلا يكلمه بها علانية ، وليأخذه بيده فليخل به ، فإن قبلها قبلها ، وإلا كان قد أدى الذى عليه والذى له » ولقوله أيضاً « من أهان سلطان الله فى الأرض أهانه الله فى الأرض » .

٣٤٧ - *حكم التجاوز فى دفع المنكر* : إذا استعمل المدافع فى النهى عن المنكر أو تغييره وسيلة تزيد عما يقتضيه الحال فهو مسئول عن هذه الزيادة ، وكذلك إذا تعدى الحدود المقررة لوسيلة من الوسائل ، فإذا عنف فاعل منكر فقذفه فهومسئول عن القذف ؛ لأن القذف لايدخل فى التعنيف ، و إذا كان المنكر يندفع بالتعنيف أوالتهديد فضرب فاعل المنكر أوجرحه فهومسئول عن الضرب والجرح ، و إذا اندفع المنكر بضربة واحدة أو جرح واحد فضربه ضربة ثانية أو جرحه جرحاً ثانياً فهو مسئول عمافعل بعداندفاع المنكر . و إذا كان المنكر يندفع بتغييره باليد فليس له أن يتعدى الحدود المقررة للتغيير ، فإذا كان المنكر شرب الخمر أو إحرازها فإن تغيير المنكر يكفى فيه إراقة الخمر فإذا أتلف الموائد المنصوبة فى محل الخمار أو الأبواب، أو الأمتعة أو أحرقها فهو مسئول عن ذلك .

ولا محل للنهى عن المنكر أو تغييره قبل مباشرة المنكر أو بعد مباشرته ؛ لأن مباشرة المنكر هى التى تحل النهى عنه أو تغييره دفعاً للمنكر ، فإذا لم يقع المنكر فلا يمكن اعتبار مايقع على قاصد فعل المنكر دفعاً و إنما هو اعتداء و إذا انتهى فاعل المنكر من فعله فما يقع عليه من أفعال أو ما يوجه إليه من أقوال بسبب فعل المنكر لا يعتبر دفعاً للمنكر و إنما اعتداء على فاعله .

والأصل أن ما يدفع به المنكر مباح ولايعتبر جريمة ما دام لم يتعد الحدود المقررة لدفع المنكر لكن إذا تعدت أفعال دفع المنكر إلى الغير وأصابته خطأ اعتبر الفعل بالنسبة للغير خطأ ولو أنه صدر من فاعله متعمداً إياه ؛ لأن الفعل مباح ضد فاعل المنكر محرم ضد غيره فالتعمد لا عبرة به ؛ لأنه تعمد فعل

مباح والقاعدة أن من تعمد فعلا مباحاً فأخطأ فى فعله يسأل عن نتيجة الخطأ باعتباره مخطئاً لا عامداً .

٣٤٨ - هل لفاعل المنكر حق الدفاع ؟ : ليس لفاعل المنكر أن يتعدى على من يدفع المنكر بحجة أنه يدفع عن نفسه أو ماله طالما أن دافع المنكر لم يتجاوز حدود دفع المنكر ، فإذا تعدى هذه الحدود كان عمله اعتداء وكان لفاعل المنكر أن يدفع هذا الاعتداء .

٣٤٩ - الفرق بين الدفاع الشرعى العام والدفاع الشرعى الخاص :

إذا قارنا الدفاع الشرعى العام بالدفاع الشرعى الخاص تبين لنا أن الأسس التى يقوم عليها كل منهما واحدة ، وأن أحكامهما واحدة وأنهما لا يكادان يختلفان إلا فى بعض التفاصيل .

والواقع أن الدفاع الشرعى الخاص لا يختلف عن الدفاع الشرعى العام من هذه الناحية ، ولكنهم يفرقون بينهما من ناحية الموضوع فموضوع الدفاع الشرعى الخاص هو كل صيال أى هجوم أو اعتداء يمس سلامة الإنسان أو يمس ماله أو عرضه ويسمى هذا النوع من الدفاع بدفع الصائل ، وموضوع الدفاع الشرعى العام هو ما عدا ذلك مما يمس حقوق الجماعة وأمنها ونظامها ويسمى هذا النوع من الدفاع الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر .

وقد يقال إن هذه التفرقة الموضوعية تفرقة إسمية ، لأن أكثر ما يدفع فيه الفاعل باعتباره صائلا يمكن دفع الفعل فيه باعتباره منكراً ، ولكن هذا القول غير صحيح ، لأن مايدفع فيه الفعل باعتباره منكراً لايدفع فيه الفاعل باعتباره صائلا ، فدفع الصائل لا يكون إلا إذا وجد صيال أى : هجوم أو اعتداء على الإنسان أو ماله أو عرضه ، أما دفع المنكر فيكون كلما انعدم الصيال أو الهجوم أو الاعتداء ، فمثلا إذا هجم رجل على امرأة يريد اغتصابها فإنه يدفع عنها باعتباره صائلا فهنا دفاع شرعى خاص ، أما إذا أتاها برضاها ففعلهما يدفع باعتباره منكراً

فهنا دفاع شرعى عام ، ومن يحاول قتل غيره يدفع عنه باعتباره صائلا ، و يكون الدافع فى حالة دفاع شرعى خاص ، أما من يحاول الانتحار فيدفع فعله باعتباره منكراً ويكون الدافع فى حالة نهى عن المنكر أو تغييره ، ومن يحرق مال غيره أو يتلفه يدفع باعتباره صائلا ، ولكن من يحرق ماله أو يتلف مال الغير برضاه يدفع باعتباره فاعلا لمنكر ، فالصيال أى : الهجوم أو الاعتداء هو مايميز الدفاع الشرعى الخاص عن الدفاع الشرعى العام .

٣٥٠ - بين الشريعة والقانون: تمتاز الشريعة الإسلامية من يوم وجودها بما جاءت به من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وهى ميزة لم تعرفها القوانين الوضعية قديما ، ولكنها بدأت تعرفها وتأخذ بها فى نطاق ضيق ابتداء من القرن الماضى، ولقد أوجبت الشريعة الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر لتجعل من كل إنسان رقيباً على غيره من الأفراد والحكام، ولتحمل الناس على التناصح والتعاون وعلى الابتعاد عن المعاصى والتناهى عن المنكرات ، ولقد ترتب على إيجاب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر أن أصبح الأفراد ملزمين بأن يوجه بعضهم بعضاً، وأن يوجهوا الحكام و يقوموا عوجهم وينتقدوا تصرفاتهم ، والتوجيه أساسه الأمر بالمعروف والتقويم والنقد أساسه النهى عن المنكر . ولقد فهم المسلمون الأوائل هذا حق الفهم وسلموا به تسليما ، فهذا أبو بكر يصعد المنبر بعد مبايعته فيقول : « أطيعونى ما أطعت الله فيكم فإذا عصيت فلا طاعة لى عليكم » وهذا عمر يقول بعد توليته الخلافة : « من رأى فىّ اعوجاجا فليقومه » وترتب على إيجاب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر أن أصبح الأفراد ملزمين بالتعاون على إقرار النظام وحفظ الأمن ومحاربة الإجرام ، وأن يقيموا من أنفسهم حماة لمنع الجرائم والمعاصى وحماية الأخلاق ، وكان فى هذا كله الضمان الكافى لحماية الجماعة من الإجرام ، وحماية أخلاقها من الانحلال. وحماية وحدتها من التفكك وحماية نظامها من الآراء الطائشة والمذاهب الهدامة ، بل كان فيه الضمان الكافى للقضاء

على المفاسد فى مكمنها وقبل ظهورها وانتشارها .

ولم تعرف القوانين الوضعية الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر إلا ابتداء من القرن الماضى حيث بدأت تعترف للأفراد بحق النقد وحق التوجيه ، وتعترف للأفراد بالقبض على المجرم فى حالة التلبس وتسليمه إلى الجهات المختصة وتعطى فى بعض الحالات للأفراد الحق فى منع الجانى بالقوة من ارتكاب الجريمة إذا كانت ماسة بصالح الجماعة كقلب نظام الحكم وتخريب المنشآت العامة ، ولكن القوانين الوضعية مع هذا لم تأخذ بمبدأ الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر على إطلاقه ، وإنما قصرت تطبيقه على حالات معينة ، بخلاف الشريعة التى تطبقه فى كل الحالات وفى جميع الجرائم .

الفرع الثانى

التأديب

٣٥١ - (أولا) تأديب الزوجة : من حق الزوج فى الشريعة الإسلامية أن يؤدب زوجته إذا لم تطعه فيما أوجبه الله عليها من طاعته كأن تثاقل عليه إذا دعاها أو تخرج من منزله بغير إذنه ، وأساس هذا الحق قوله تعالى: ﴿الرجال قوامون على النساء﴾ . وقوله: ﴿ واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ﴾ [النساء : ٣٤] والنشوز هو معصية الزوج مأخوذ من النشز : أى الارتفاع فكأنها ارتفعت وتعالت عما أوجب الله عليها من الطاعة .

٣٥٢ - مايؤدب فيه : من المتفق عليه أن للزوج أن يؤدب زوجته بصفة عامة على المعاصى التى لاحد فيها ، كمقابلة غير المحارم ، وترك الزينة والخروج دون إذن ، وعصيان أوامر الزوج ، وتبذير ماله . والرأى الراجح أن له تعزيرها

على ترك فرائض الله إذا كانت مسلمة كترك الصلاة والصوم[١].

ومن المتفق عليه أن الزوجة لاتضرب لخوف النشوز قبل إظهاره ، وإنما تضرب لإظهار النشوز فعلا[٢] .

٣٥٣ - هل يجوز التأديب لأول معصية ؟ يرى مالك وأبوحنيفة أن الضرب لا يكون لأول معصية ، وإنما يكون لتكرر المعصية والإصرار عليها ، فإذا عصت أول مرة وعظها بالرفق واللين ، وإن عادت كان له أن يهجرها ، فإن عادت كان له أن يضربها ، وحجة أصحاب هذا الرأى أن الواو وردت للترتيب فى قوله تعالى : ﴿ فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن ﴾ وأن المقصود من التأديب هو الزجر عن المعصية فى المستقبل وما هذا سبيله يبدأ فيه بالأسهل فالأسهل[٣]، وهذا يتفق مع الرأى المرجوح فى مذهبى الشافعى وأحمد .

ويترتب على الأخذ بهذا الرأى أن يعاقب من يضرب زوجته لأول معصية أو لثانى معصية ، أما من يضربها للثالثة فلا عقوبة عليه ؛ لأنه استعمل حقه فى حدوده المقررة ، ويعاقب أيضا من يضرب زوجته للمعصية الثالثة إذا لم يكن وعظها أو هجرها قبل ذلك ، فعلى الضارب ليعفى من العقوبة أن يثبت أنها عصت قبل الضرب مرتين ، وأنه وعظها فى أولاها وهجرها فى الثانية .

والرأى الراجح فى مذهبى الشافعى وأحمد أن من حق الزوج ضرب الزوجة سواء تكررت المعصية أو لم تتكرر ، وسواء سبق الضرب وعظ وهجر أو لم يسبق الضرب شىء من ذلك ، وحجة أصحاب هذا الرأى أن عقوبات المعاصى

---

(١) البحر الرائق ج ٥ ص ٥٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٢ - إحياء علوم الدين المجلد الثانى ج ٤ ص ١٤٦ - الشرح الكبير ج ٨ ص ١٦٩ .

(٢) الشرح الكبير ج ٩ ص ١٦٨

(٣) مواهب الجليل الجزء الرابع ص ١٥ ، ١٦ - مقدمات ابن رشد ج ٢ ص ١٠٤ - بدائع الصنائع ج ٢ ص ٣٣٤ .

لا تختلف بالتكرار ، وأن الواو فى قوله تعالى: ﴿ فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن ﴾ جاءت لمطلق الجمع وليست للترتيب [١] .

و يترتب على هذا الرأى أن من ضرب زوجته لأول معصية لا يعاقب على ضربها ؛ لأنه استعمل حقه فى حدوده المقررة .

٣٥٤ ــ هل يسأل الزوج عن سبب الضرب ؟ و يرى أحمد أن يسأل الزوج عن سبب الضرب ؛ لأن الرجل قد يضرب الزوجة لأجل الفراش فإن أخبر بذلك استحياو إن أخبر بغيره كذب ، و يستند فى هذا المبدأ إلى ماروى الأشعث عن عمر رضى الله عنه أنه قال : يا أشعث إحفظ عنى شيئاً سمعته عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تسألن رجلا فيم ضرب امرأته » . وهذا الحديث يوجب الأخذ بقول الزوج أنه ضربها للتأديب ، و يمنع البحث عن سبب الضرب ما لم تدعى هى أنه ضربها لغير التأديب فحينئذ يجب على الزوج أن يثبت سبب الضرب . ولا يتوقف تأديب الزوجة على سن معينة فللزوج أن يؤدبها مهما بلغت من العمر على خلاف الصغار ، فإن حق تأديبهم ينتهى بالبلوغ .

٣٥٥ ــ حد الضرب : وليس للزوج أن يضرب زوجته أى ضرب شاء فحقه مقيد بضربها ضرباً غير مبرح لقوله عليه الصلاة والسلام : « إن لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحد تكرهونه ، فإن فعلن فاضربوهن ضرباً غير مبرح » .

والضرب غير المبرح هو الضرب غير الشديد ، وقد فسره البعض بأنه الضرب الذى يؤلمها ولا يكسر لها عظماً ولا يدمى لها جسما ، وقال البعض إنه الضرب الذى لا يسود الجلد ولا ينهر الدم وأن يكون مما يعتبر مثله تأديباً . وعرفه البعض بأنه ما كان غير مدم ولا مدمن . وقال البعض إنه الضرب الذى لا يترك أثراً و كل هذه التفسيرات على اختلاف عباراتها تؤدى معنى واحداً .

---

(١) المهذب ج ٢ ص ٧٤ ــ أسنى المطالب ج ٣ ص ٢٣٩ ــ المغنى ج ٨ ص ١٦٢

ويشترط فى ضرب التأديب أن لا يكون على الوجه ولا على المواضع المخوفة كالبطن[1] .

ويشترط فى الضرب أن يكون بقصد التأديب وأن لا يسرف فيه وأن يكون مما يعتبر مثله تأديبا ، فإن كان كذلك فلامسئولية على الزوج ؛ لأن الفعل حقه فهو مباح له ، ويراعى الوسط فى الضرب فما يعتبر تأديباً فى وسط قد لا يعتبر تأديباً فى وسط آخر وما يخرج عن حدود التأديب فى وسط قد لا يصل حدود التأديب فى وسط آخر .

ويصح أن يكون التأديب باليد وبالسوط وبالعصا .

ويشترط إذا كان التأديب عن أمر تعاقب عليه السلطات العامة أن لا يبلغ لهذه السلطات ، وأن لاتكون الدعوى العمومية قد رفعت ضد الزوجة بشأن هذا الأمر ، فإن حدث شىء من هذا فليس للزوج أن يؤدب الزوجة[2] وتعليل هذا أن السلطات العامة هى المختصة أصلا بالعقاب ، فإذا عرض الأمر عليها سقط حق الزوج فى التأديب ؛ لأنه حق أعطى له استثناء حتى لا يؤدى تدخل السلطات العامة فى كل أمر إلى إساءة العلاقة بين الزوجين ، فإذا سرقت الزوجة مثلا من جارتها أو سبتها ولم تر الجارة أن تلجأ للسلطات العامة كان للزوج أن يؤدب زوجته على ما حدث منها ، أما إذا لجأت الجارة للسلطات العامة لم يكن للزوج أن يؤدب الزوجة إلا إذا كان هناك ما يمس حقوقه عليها ، كأن يكون قد نهاها عن سب جارتها أو نهاها عن الخروج من المنزل ، فإن مخالفتها عصيان له واعتداء على حقه فيجوز له أن يؤدبها على هذا فقط ، لا على السرقة أو السب .

وليس للزوج أن يؤدب الزوجة إذا اعتقد أو غلب على ظنه أن التأديب لا فائدة منه ، وليس له أن يخرج على حدود التأديب إذا اعتقد أو غلب على

---

(١) المغنى ج ٨ ص ١٦٣ .

(٢) مواهب الجليل ج ٤ ص ١٥ .

ظنه أن إصلاحها لا يكون إلا بالضرب الشديد ، ويعتبر عمل الزوج فى الحالين اعتداء لا تأديباً [١] .

٣٥٦ - حكم السراية : - وإذا ضرب الزوج زوجته بقصد التأديب فتلفت من الضرب أو أصيبت بعاهة فمن رأى مالك وأحمد أن الزوج لا يضمن الزوجة إذا تلفت من التأديب المشروع على أن يكون الضرب مما يعتبر مثله أدبا ، فإن كان الضرب شديداً بحيث لا يكون مثله أدباً للزوجة ففيه الضمان [٢] .

أما أبو حنيفة والشافعى فيريان أن الزوج يضمن تلف زوجته سواء كان الضرب مما يعتبر تأديباً أو كان أشد من ذلك ، وحجة أبى حنيفة أن التأديب فعل يبقى المؤدب بعده حيا ، فإذا أدى الضرب إلى تلف المضروب أو إلى تلف أحد أعضائه ، فقد وقع قتلا أو قطعاً لا تأديباً ، وحجة الشافعى أن التأديب ليس واجباً على الزوج و إنما هو حقه ومتروك لاجتهاده ، فيتحمل نتيجة اجتهاده . والمتأخرون من فقهاء مذهبى أبى حنيفة و الشافعى يحتجون فى تحميل الزوج نتيجة الفعل بأن التأديب ليس واجبا عليه ، وإنما هو حق له واستعمال الحق مقيد بشرط السلامة ، و بأن حق الزوج فى التأديب متمحض لنفعه الشخصى وله أن يستعمله أو يتركه [٣] .

وحجة مالك وأحمد أن استعمال الحق فى حدوده المقررة عمل مباح ولا مسئولية على عمل مباح .

٣٥٧ - المسئولية على التأديب : - ويتبين من الرأيين السابقين أن الزوج لا يسأل جنائياً ولا مدنياً عن التأديب مادام فى حدوده المشروعة ؛ لأنه

---

(١) مواهب الجليل ج ٤ ص ١٦ - أسنى المطالب ج ٣ ص ٢٣٩ .

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٣٤٩ .

(٣) المغنى ج ١٠ ص ٣٤٩ - حاشية الطهطاوى ج ٤ ص ٢٧٥ - الأم ج٦ ص ١٣١ و ١٦٦ وما بعدها .

يستعمل حقا أباحه له الشارع . أما إذا تعدى الزوج حدود التأديب المشروع فهو مسئول جنائيا ومدنيا عن فعله .

والخلاف الذى عرضناه بين الفقهاء هو على الحالة التى لايخرج فيها التأديب عن حدوده المقررة ولكنه يؤدى إلى الموت أو إلى تلف عضو .

٣٥٨ (ثانيا) — تأديب الصغار : — للأب الحق فى تأديب أولاده الصغار الذين دون البلوغ وللمعلم أيا كان مدرسا أو معلم حرفة تأديب الصغير وللجد وللوصى تأديب من تحت ولايتهما ، وللأم حق التأديب على رأى إذا كانت وصية على الصغير أو كانت تكفله ولها هذا الحق فى غيبة الأب ، وفيما عدا هذه الأحوال فليس لها حق التأديب على الرأى الراجح[1] .

٣٥٩ ـ شروط تأديب الصغار : — ويشترط فى تأديب الصغار ما يشترط فى تأديب الزوجة فيجب أن يكون التأديب لذنب فعله الصغير لا لذنب يخشى أن يفعله ، وأن يكون الضرب غير مبرح متفقا مع حالة الصغير وسنه ، وأن لا يكون على الوجه والمواضع المخوفة كالبطن والمذاكير ، وأن يكون بقصد التأديب ، وأن لايسرف فيه ، وأن يكون مما يعتبر مثله تأديبا للصغير ، فإذا كان الضرب فى هذه الحدود فلا مسئولية على الضارب ؛ لأن الفعل مباح له .

٣٦٠ ـ حكم السراية : — وإذا أدى الضرب إلى تلف الصغير أو تلف أحد أعضائه فمالك وأحمد يريان أن المؤدب لا يضمن مادام الضرب مما يعتبر مثله أدبا ، وما دام التأديب فى حدوده المشروعة ، فإن كان الضرب شديدا بحيث لا يعتبر مثله أدبا فالمؤدب مسئول عنه جنائيا[2] .

ويرى الشافعى أن المؤدب ضامن تلف الصغير وتلف أطرافه فى أى حال ؛

---

(١) أحكام القرآن للجصاص جـ٢ ص١١ ـ حاشية الطهطاوى جـ٥ ص ٢٧٥ .

(٢) المغنى جـ ١٠ ص ٣٤٩ ، ٣٥٠ .

لأن التأديب حقه وليس واجبا عليه ، فله أن يتركه وله أن يفعله فإن فعله فهو مسئول عنه[١] .

ورأى أبى حنيفة الشخصى أن الأب والجد والوصى يضمنون تلف الصغير أو تلف أطرافه كما يضمن الزوج زوجته ، ولكن هذا الرأى غير معمول به فى المذهب بل إن بعض الفقهاء يرى أن أبا حنيفة عدل عنه ، والرأى المعمول به فى المذهب هو رأى أبى يوسف ومحمد وهما يريان أن الأب والجد والوصى مأذونون فى الفعل ولا مسئولية عما تولد عن فعل مأذون فيه . أما المعلم والمدرس فيفرق أبو حنيفة وأصحابه بين ما إذا كان الضرب بغير إذن الأب أو الوصى ، وفى هذه الحالة يكون الضارب مسئولا جنائيا ؛ لأنه متعد فى الضرب حيث ضرب من لم يؤذن له فى ضربه ، فأما إذا كان الضرب بإذن الأب أو الوصى فلا مسئولية للضرورة ؛ لأن المعلم إذا علم أنه يلزمه الضمان بالسراية يمتنع عن التعليم والناس فى حاجة إليه فأسقطوا اعتبار السراية فى حقه لهذه الضرورة ، فمذهب أبى حنيفة وأصحابه فى تأديب الصغار يتفق مع مذهبى مالك وأحمد[٢] فى النتيجة .

ويفرق بعض الحنفية بين ضرب التأديب وضرب التعليم ، ويرون أن ضرب التأديب حق وأن ضرب التعليم واجب والأول مقيد بشرط السلامة والثانى غير مقيد ، والتفرقة مقصورة على الضرب المعتاد فى الكم والكيف والمحل ، أما غير المعتاد فموجب للضمان فى الكل أى : فى ضرب التأديب وضرب التعليم[٣] .

ونستطيع أن نميز على ضوء هذه التفرقة بين ضرب الزوج وغيره ، فضرب الزوج للتأديب دائما ، أما ضرب الأب والجد والولى والوصى والمعلم فقد يقصد به التعليم وقد يقصد به التأديب ، ولكن معنى التأديب يختلط بمعنى التعليم فى حالة

---

(١) الأم ج ٦ ص ١٦٦ وما بعدها .
(٢) بدائع الصنائع ج ٨ ص ٣٠٥ ـ حاشية الطهطاوى ج ٤ ص ٢٧٥
(٣) حاشية الطهطاوى ج ٤ ص ٢٧٥ .

الصغير ؛ لأن كل تأديب له يقصد منه تعليمه أكثر مما يقصد منه زجره .

٣٦١ - الفروق بين المذاهب :- يختلف مذهب مالك والشافعى وأحمد عن مذهب أبى حنيفة فى أنهم يعتبرون التأديب بصفة عامة حقالاواجبا . أما فى مذهب أبى حنيفة فيعتبرون تأديب الصغار واجبا بصفة عامة ، أو واجبا على الأقل فى حالة ما إذا قصد به التعليم .

ويختلف مذهب الشافعى عن مذهبى مالك وأحمد فى أن الشافعى يقيد استعمال الحق بشرط السلامة ، أما مالك وأحمد فلا يقيدان الحق بشرط مادام الفعل قد وقع فى حدود الحق ، ولذلك فمذهبهما فى نتيجته يتفق مع مذهب أبى حنيفة فى نتيجته ولو أن التأديب فى المذهب الأخير واجب لاحق .

الفرع الثالث — فى التطبيب

٣٦٢ - إباحة التطبيب :- من المتفق عليه فى الشريعة أن تعلم فن الطب فرض من فروض الكفاية ، وأنه واجب حتم على كل شخص لايسقط عنه إلا إذا قام به غيره ، وقد اعتبر تعلم الطب فرضا لحاجة الجماعة للتطبيب ؛ ولأنه ضرورة اجتماعية ، وإذا كان الغرض من تعلم الطب هو التطبيب وكان تعلم الطب واجبا فيترتب على هذا أن يكون التطبيب واجبا على الطبيب لا مفر له من أدائه ، على أن التطبيب يعتبر واجبا كفائيا كلما وجد أكثر من طبيب فى بلدة واحدة ، فإذا لم يوجد إلا واحد فالتطبيب فرض عين عليه أى : أنه واجب غير قابل للسقوط . والنتيجة البديهية لاعتبار التطبيب واجبا أن لايكون الطبيب مسئولا عما يؤدى إليه عمله قياما بواجب التطبيب ؛ لأن القاعدة أن الواجب لايتقيد بشرط السلامة ، لكن لما كانت طريقة أداء هذا الواجب متروكة لاختيار الطبيب وحده ولاجتهاده العلمى والعملى ، فقد دعا ذلك إلى البحث فيما إذا كان يسأل جنائيا عن نتائج عمله إذا أدى عمله إلى نتائج ضارة بالمريض باعتبار أنه حين يؤدى واجب

التطبيب أشبه بصاحب الحق منه بمؤدى الواجب لما له من السلطان الواسع وحرية الاختيار فى الطريقة والكيفية التى يؤدى بها عمله .

وقد أجمع الفقهاء على عدم مسئولية الطبيب ، إذا أدى عمله إلى نتائج ضارة بالمريض ، ولكنهم اختلفوا فى تعليل رفع المسئولية ، فأبو حنيفة يرى أن المسئولية ترتفع لسببين : أولهما الضرورة الاجتماعية إذا الحاجة ماسة إلى عمل الطبيب وهذا يقتضى تشجيعه وإباحة العمل له ورفع المسئولية عنه حتى لا يحمله الخوف من المسئولية الجنائية أو المدنية على عدم مباشرة فنه ، وفى هذا ضرر عظيم بالجماعة. ثانيهما : إذن المجنى عليه أو وليه ، فاجتماع الإذن مع الضرورة الاجتماعية أدى لرفع المسئولية[1] .

ويرى الشافعى أن علة رفع المسئولية عن الطبيب أنه يأتى فعله بإذن المجنى عليه وأنه يقصد صلاح المفعول ولا يقصد الإضرار به ، فإذا اجتمع هذان الشرطان كان العمل مباحا للطبيب وانتفت مسئوليته عن العمل إذا كان مافعله موافقا لما يقول به أهل العلم بصناعة الطب[2] . ويتفق رأى أحمد مع رأى الشافعى[3] .

أما مالك فيرى أن سبب رفع المسئولية هو إذن الحاكم أولا وإذن المريض ثانيا ، فإذن الحاكم يبيح للطبيب الاشتغال بالتطبيب ، وإذن المريض يبيح للطبيب أن يفعل بالمريض ما يرى فيه صلاحه ، فإذا اجتمع هذان الإذنان فلا مسئولية على الطبيب مالم يخالف أصول الفن أو يخطىء فى فعله[4]

وعلى هذا فالطبيب غير مسئول عن عمله؛ لأن من واجبه أن يؤديه ، ولا يسأل عن نتائج عمله ولو أن له حرية كاملة فى اختيار هذا العمل وفى اختيار الطريقة التى

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٠٥ .
(٢) نهاية المحتاج جـ ٨ ص ٢ .
(٣) المغنى الجزء العاشر ص ٣٤٩ ، ٣٥٠ .
(٤) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٣٢١ .

الطريقة التي يؤدى بها هذا العمل ، فلو جرح الطبيب شخصاً فمات أو أعطاه دواء فأحدث له تسمماً أدى لموته فلا مسئولية على الطبيب من الناحية الجنائية أو المدنية .

٣٦٣ ـ حسن النية : والمفروض فى الطبيب أنه يؤدى عمله بقصد نفع المريض وبحسن نية ، فإذا قصد قتل المريض أو كان سيء النية فى عمله فهو مسئول عن فعله جنائياً ومدنياً ، ولو لم يؤد فعله إلى الوفاة أو إحداث عاهة ، بل ولو أدى فعله إلى إصلاح المريض ؛ لأن فعل الطبيب فى هذه الحالة يقع فعلا محرماً معاقباً عليه .

٣٦٤ ـ خطأ الطبيب : إذا أخطأ الطبيب فى عمله فإنه لا يسأل عن خطئه إلا إذا كان خطأ فاحشاً ، والخطأ الفاحش هو ما لا تقره أصول فن الطب ولا يقره أهل العلم بفن الطب ، ويضرب الفقهاء مثلا على الخطأ غير الفاحش قصة صبية سقطت من سطح فانتفح رأسها فقال كثير من الجراحين إن شققتم رأسها تموت ، وقال واحد منهم إن لم تشقوه اليوم تموت وأنا أشقه وأبريها ، فشقه فماتت بعد يوم أو يومين ، ولما سئل فى ذلك أحد الفقهاء المشهورين أفتى بأنه ما دام الشق بإذن وما دام الشق معتاداً ولم يكن فاحشاً خارج الرسم أى : لم يكن هناك خروج فاحش على القواعد الفنية المرسومة لهذا الشق فإن الطبيب لا يضمن أى: لا يسأل جنائياً ولا مدنياً ، فقيل له فإن قال الطبيب إن ماتت فأنا ضامن هل يضمن ؟ فقال : إنه لا يضمن ؛ لأن ضمان الطبيب يترتب على خطئه الفاحش لا على تعهده بنجاح العملية [١] .

٣٦٥ ـ إذن المريض : ويشترط لرفع المسئولية عن الطبيب أن يأتى الفعل بإذن المريض أو بإذن وليه أو وصيه ، فإن لم يكن للمريض ولى أو وصى

(١) حاشية الطحطاوى ج ٤ ص ٢٧٦ .

وجب إذن الحاكم باعتباره ولى من لا ولى له ، وإذن الحاكم فى إجراء جراحة لمريض لاولى له يختلف عن إذن الحاكم للطبيب فى مباشرة التطبيب بصفة عامة .

٣٦٦ - إذن ولى الأمر : وليس فى الشريعة ما يمنع ولى الأمر من أن يشترط فى الطبيب أن يكون على درجة معينة من العلم ، وأن تتوفر فيه مؤهلات خاصة ، وأن لا يباشر التطبيب إلا إذا رخص له ولى الأمر بمباشرته ، وقد جعل مالك إذن الحاكم فى التطبيب شرطاً فى انتفاء المسئولية عن الطبيب كما قدمنا .

ومن تطبب وهو غير طبيب كان مسئولا عن عمله لقوله عليه الصلاة والسلام : « من تطبب ولم يعرف الطب فهو ضامن » . فإن قصد العدوان والإضرار فهو متعمد ، وإن لم يقصد الإضرار بالمريض ولا العدوان فهو مخطىء على رأى ومتعمد على رأى[1] ، والرأى الأول هو الراجح .

٣٦٧ - شروط عدم المسئولية : يستنتج مما سبق أنه يشترط لعدم المسئولية عن التطبيب الشروط الآتية :

١ — أن يكون الفاعل طبيباً .

٢ — أن يأتى الفعل بقصد العلاج وبحسن نية .

٣ — أن يعمل طبقاً للأصول الطبية .

٤ — أن يأذن له المريض أو من يقوم مقامه كالولى .

فإذا توفرت هذه الشروط فى التطبيب فلا مسئولية ، وإن انعدم أحدها كان الفاعل مسئولا .

٣٦٨ - الملحقون بالأطباء : ويلحق بالطبيب البيطار والحجام والخاتن

(١) شرح الزرقانى على مختصر خليل جـ٨ ص١١٦ ، ١١٧ ـ نهاية المحتاج جـ٨ ص٣٢

وحكمهم جميعاً حكم الطبيب من حيث المسئولية ، و يشترط في عملهم ما يشترط في عمل الطبيب ، فيجب في الختان مثلا أن يكون الفاعل خاتناً ، وأن يأتي الفعل بحسن نية و بقصد الختان ، وأن يعمل طبقاً للأصول الفنية ، وأن يأذن له المختون أو من يقوم مقامه كالولى .

٣٦٩ - بين الشريعة والقوانين الوضعية : تتفق القوانين الوضعية مع الشريعة الإسلامية في اعتبار التطبيب عملا مباحاً ، كما تتفق مع الشريعة في الشروط التي تمنع من المسئولية ، فتستلزم أن يكون الفاعل طبيباً ، وأن يأتي الفعل بقصد العلاج وبحسن نية ، وأن يعمل طبقاً للأصول الفنية ، وأن يأذن له المريض في الفعل .

وتعتبر القوانين الوضعية التطبيب حقاً بينما تعتبره الشريعة واجباً ، ولاشك أن نظرية الشريعة أفضل؛ لأنها تلزم الطبيب بأن يضع مواهبه في خدمة الجماعة ، كما أنها أكثر انسجاماً مع حياتنا الاجتماعية القائمة على التعاون والتكاتف وتسخير كل القوى لخدمة الجماعة .

وقد اختلف شراح القوانين ورجال القضاء في تعليل ارتفاع المسئولية عن الطبيب[١] ، فذهب الفقه والقضاء في انجلترا إلى أن سبب عدم المسئولية هو رضاء المريض بالفعل ، وأخذ بهذا الرأى بعض الشراح في ألمانيا وفرنسا ، وحكمت به المحاكم في فرنسا ومصر قديماً[٢] ،وذهب كثير من الشراح الفرنسيين إلى أن سبب ارتفاع المسئولية هو انعدام القصد الجنائي ؛ لأن الطبيب يفعل الفعل بقصد شفاء المريض ، وقد أخذ القضاء المصري وقتاً ما بهذا الرأى[٣] . والرأى

---

(١) القانون الجنائي لعلى بدوى ص ٤٠٠ ومابعدها — شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص٤٢٢ .

(٢) نقض ٢٤ أبريل سنة ١٨٩٧ — القضاء السنة الرابعة ص ٢٥١ .

(٣) نقض في ١٨ يناير سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية س ١٨ رقم ١٨ ص ٣١ .

الأخير الذى يسود اليوم فى مصر وفرنسا هو أن التطبيب عمل مشروع تبيحه الدولة وتنظمه وتشجع عليه؛ لأن الحياة الاجتماعية تقتضى ذلك. وهذه التعليلات على اختلافها هى نفس التعليلات التى ذكرها الفقهاء الإسلاميون لعدم مسئولية الطبيب إذا أدى عمله إلى نتائج ضارة بالمريض .

الفرع الرابع

فى ألعاب الفروسية

٣٧٠ - الشريعة فى وألعاب الفروسية : تحتفل الشريعة بألعاب الفروسية وتحض عليها باعتبارها مقوية للأجسام منشطة للعقول ، كما أنها مظهر للمهارة ودعوة للشجاعة والفتوة ، وتشمل ألعاب الفروسية فى الشريعة ما نسميه اليوم بالألعاب الرياضية وألعاب الفروسية والسباق ، فكل ذلك يدخل تحت مدلول لفظ الفروسية

وتجيز الشريعة من أنواع الفروسية كل ما يؤدى إلى التفوق فى القوة والمهارة مما ينفع الجماعة وقت السلم أو وقت الحرب ، كالمسابقة بالأقدام ، وسباق الخيل ، وسباق السفن والسيارات والطائرات ، وسباق الطير وماأشبه ، وكاللعب بالشيش والمزاريق والسيوف والعصى ، وكالرماية بالنبال والمنجنيق والأسلحة النارية ، وكالمصارعة والملاكمة والعلاج[1] أى : رفع الأثقال وشد الحبل والسباحة وغيرها .

وتمتاز الشريعة الإسلامية بأنها جاءت صريحة فى الأمر بالفروسية والترغيب فيها وذلك قوله تعالى : ﴿ وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ﴾ وقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « ألا إن القوة الرمى ألا إن القوة الرمى »

---

(١) يعبر الفقهاء عن رفع الأثقال بالعلاج — راجع كتاب الفروسية لابن القيم ص ٧ .

وقوله : « المسلم القوى خير من المسلم الضعيف » وقوله : « إن الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثة فى الجنة ، صانعه يحتسب فى صنعه الخير ، والرامى به ، ومنبله ، ارموا واركبوا ، وأن ترموا أحب إلى من أن تركبوا ، وليس من اللهو إلا ثلاث تأديب الرجل فرسه ، وملاعبته أهله ، ورميه بقوسه ونبله ، ومن ترك الرمى بعد ما علمه رغبة عنه فإنها نعمة تركها » .

ولقد ثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم ، أنه سابق بالأقدام . وثبت عنه أنه سابق بين الإبل ، وثبت عنه أنه سابق بين الخيل ، وثبت عنه أنه حضر نضال السهام وصارمع إحدى الطائفتين ، فأمسكت الأخرى وقالوا : كيف نرمى وأنت معهم ؟ فقال : « ارموا وأنا معكم كلكم » وثبت أنه صارع ركانة ، وثبت عنه أنه طعن بالرمح وركب الخيل مسرجة ومعراة .

ولقد حرص أصحاب الرسول على تنفيذ هذه النصوص والعمل بها . من ذلك مارواه مصعب بن سعد قال: كان سعد يقول: أى : بنى تعلموا الرماية فإنها خير لعبكم ، وكتب عمر بن الخطاب إلى أبى عبيدة بن الجراح « أن علموا غلمانكم العوم ومقاتلتكم الرمى » وكتب إلى عامله بأزربيجان كتاباً جاء فيه : « اخشوشنوا واخلولقوا[1] واقطعوا الركب[2] وانزوا على الخيل نزوا وارتموا الأغراض »[3]

والأصل فى الشريعة الإسلامية أن كل ما ينفع الأمة فى دينها أو دنياها من علم أو فن أو صناعة فهو من فروض الكفاية وتعلمه واجب على الأمة ولا خيار لها فى الأخذ به أو تركه ، وعلى هذا تكون الفروسية بما يدخل تحتها من

---

(١) اخلولقوا أى تهيأوا لما يراد منكم وكونوا خلقاء به جديرين بفعله .
(٢) أمرهم بقطع الركب حتى لا يعتادوا الركوب دائماً بالركاب .
(٣) ارتماء الأغراض هو رمى الأهداف .

ضروب المهارة والقوة والتفوق فرضاً من فروض الكفاية وواجباً على الأفراد ليس لهم أن يتخلوا عنه .

وتجيز الشريعة العوض فى الرمى وفى المسابقة تشجيعاً للأفراد على الإقدام عليها والتفوق فيها ، وللفقهاء آراء مختلفة فيما يجوز فيه العوض وما لايجوز فيه[1]

ويرى مالك أن يكون العوض دائماً من بيت المال ؛ لأن ألعاب الفروسية تعود منفعتها للجماعة ، وهى إعداد عسكرى للأفراد . ولكن أباحنيفة والشافعى وأحمد يجيزون أن يكون العوض من بيت المال ، أو من مال غير اللاعبين ، أومن مال أحد اللاعبين دون الآخر بحيث إذا تفوق الآخر أخذ العوض وإن لم يتفوق لم يأخذه[2] .

٣٧١ - حكم إصابات اللعب : وألعاب الفروسية قد تؤدى إلى إصابات تقع على اللاعبين أو على غيرهم ، فإن نشأت هذه الإصابات عن لعبة لاتقوم على استعمال القوة والعنف بين اللاعبين ، وليس فى ممارستها ما يستلزم استعمال القوة مع الخصم أو يحتم ضربه أو يعرضه للجرح فمثل هذه الإصابات تحكمها قواعد الشريعة العامة ؛ لأنها ليست من ضروريات اللعبة ، فإن تعمدها أحد فهو مسئول عنها باعتبارها جريمة عمدية ، وإن وقعت نتيجة إهمال أو رعونة فهو مسئول عنها باعتبارها جريمة غير عمدية .

أما الألعاب التى تستلزم استعمال القوة مع الخصم كالمصارعة أو تستلزم الضرب كالملاكمة والتحطيب فإن الإصابات الناشئة عنها لاعقاب عليها إذا لم

---

(١) يرى البعض أن العوض لا يكون إلا فى الرمى وفى مسابقة الخيل والإبل ويراه البعض جائزاً فى المسابقة بالأقدام وفى المصارعة والسباحة ورفع الأثقال والمشابكة بالأيدى وفى سباق البغال والحمير والبقر والفيلة والفريق الأول هم المالكية والحنابلة والفريق الثانى هم الحنفية والشافعية على خلاف بينهم .

(٢) مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٩٠ وما بعدها - حاشية ابن عابدين ج ٦ ص ٦٥٧ - مجمع الأنهر ج ٢ ص ٥٢٦ - تحفة المحتاج ج ٤ ص ٢١٥ ومابعدها - المغنى ج ١١ ص ١٢٨ وما بعدها - الفروسية ص ٦٩ وما بعدها .

يتعد محدثها الحدود المرسومة للعب ؛ لأن وجوب ممارسة اللعبة يقتضى بذاته إباحة ما يصحبها عادة من إصابات فى الحدود المعروفة . فإذا تعدى اللاعب حدود اللعب وأحدث بزميله إصابة ما ، فهى جريمة عمدية إذا تعمدها ، وجريمة غير عمدية إذا لم يتعمدها .

٣٧٢ - بين الشريعة والقانون : — هذا هو حكم ألعاب الفروسية فى الشريعة الإسلامية ، أما حكمها فى القوانين الوضعية فغير متفق عليه ، فبعض البلاد يعتبرها أفعالا مباحة ، وبعضها يعتبر مايحدث عنها من ضربات أو إصابات جرائم ، و بعض ولايات أمريكا المتحدة تأخذ بالفكرة الأولى ، و بعضها يأخذ بالفكرة الثانية ، وتقضى المحاكم فى بلجيكا بالعقوبة على ما يحدث من إصابات نتيجة ممارسة الألعاب الرياضية ، بينما تقضى المحاكم فى فرنسا بالبراءة ، والسائد فى انجلترا وإيطاليا وألمانيا أن الألعاب الرياضية مشروعة فى حدود معينة ولا يترتب عليها أية مسئولية ، وفى مصر وفرنسا يرى البعض ارتفاع المسئولية ، ويرى البعض المسئولية ، والرأى الأول هو الراجح .

واختلف شراح القوانين فى سبب ارتفاع المسئولية فقال البعض إنه انعدام القصد الجنائى ، وقال البعض إنه رضاء المجنى عليه ، وقال البعض الأخير بأن الدولة تعتبر الألعاب مشروعة فتبيحها وتشجع عليها ، فمن يمارسها فإنما يمارس حقا خوله له القانون ، وممارسة الحق لا يترتب عليها مسئولية [1] ، وهذا الرأى هو أحدث الآراء وأرجحها ، والعمل به يؤدى إلى نفس النتائج التى تؤدى إليها نظرية الشريعة الإسلامية ، والفرق الوحيد بين نظرية الشريعة وهذا الرأى أن الشريعة ترى فى ألعاب الفروسية واجباً على الأفراد ، بينما هى طبقاً لهذا الرأى حق لا واجب .

(١) القانون الجنائى لعلى بدوى ص ٣٩٨ — شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ٤٢١ ، ٤٢٢ .

ونظرية الشريعة أدق منطقاً ؛ لأن ألعاب الفروسية ضرورة اجتماعية اقتضتها مصلحة الأفراد والجماعة من الوجهات الصحية والخلقية والحربية والاجتماعية ، ولا توجد دولة اليوم إلا وتحض عليها وتشجعها وتلقنها للنشء فى المدارس كما تلقن العلوم الضرورية ، بل إنها أصبحت من العلوم الأولية فى المدارس التى تعد رجال البوليس والجيش ، وإذا كان لألعاب الفروسية هذه المنزلة فى حياة الأمة فمن المنطق أن تعتبر واجباً على الأفراد لاحقاً لهم ؛ لأن الواجب هو مالا يستطيع التخلى عنه ، أما الحق فلا حرج على صاحبه أن يأتيه أو يتركه .

الفرع الخامس
إهدار الأشخاص

٣٧٣ - معنى الإهدار : - الإهدار هو الإباحة ، ويقع على نفس الشخص أو على طرفه أو على ماله ، فإذا وقع الإهدار على نفس شخص أبيح جرحه أو قطعه أو قتله ، وإذا وقع الإهدار على طرف شخص لم يبح من الشخص إلا قطع هذا الطرف ، وإذا وقع الإهدار على مال شخص أبيح ماله كإباحة مال الحربى ، والمقصود من هذا البحث إهدار الأشخاص لا إهدار الأموال .

ونستطيع أن نعرف إهدار الشخص بأنه إباحة نفس الشخص أو طرفه . كما نستطيع أن نعرف الشخص المهدر بأنه من أبيحت نفسه أو طرفه .

٣٧٤ - علة الإهدار : - علة الإهدار الوحيدة هى زوال عصمة الشخص ، وتزول العصمة إما بزوال سببها ، وإما بارتكاب الجرائم المهدرة .

زوال العصمة بزوال سببها : - القاعدة العامة فى الشريعة الإسلامية أن الدماء والأموال معصومة أى ليست مباحة . وأساس العصمة إما الإيمان ، وإما الأمان ، ومعنى الإيمان الإسلام ، ومعنى الأمان العهد كعقد الذمة ، وعقد الهدنة وما أشبه . فبالإيمان تعصم دماء المسلمين وأموالهم لقوله عليه

الصلاة والسلام: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله محمد رسول الله ، فإذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم إلا بحقها » . وبالأمان تعصم دماء غير المسلمين وأموالهم لقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ [المائدة : ١] ولقوله : ﴿ وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ﴾ [النحل : ٩١] وقوله : ﴿ وإن جنحوا للسلم فاجنح لها ﴾ [الأنفال : ٦١] وقوله : ﴿ فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم ﴾ [التوبة : ٧] وقوله : ﴿ فأتموا إليهم عهدهم إلى مدتهم ﴾ [التوبة : ٤]وقوله : ﴿وإنْ أحد من المشركين استجارك فَأَجِرْهُ حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مَأْمَنَهُ﴾ [التوبة : ٦] ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « المسلمون عند شروطهم » . وقوله : « إننا لا يصلح فى ديننا الغدر » وقوله : « ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم فمن أخفر مسلماً فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين ، لا يقبل منه صرف ولا عدل » وقوله : « إذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم إلى إحدى خصال ثلاث : ادعهم إلى الإسلام فإن أجابوك فاقبل وكف عنهم ، فإن أبوا فادعهم إلى إعطاء الجزية ، فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ، فإن أبوا فاستعن بالله وقاتلهم » .

والأمان فى الشريعة الإسلامية على نوعين : أمان مؤقت وأمان مؤبد ، فالأمان المؤقت ما كان محدوداً بأجل طال هذا الأجل أو قصر ، ويقوم هذا النوع من الأمان على معاهدات السلام وعدم الاعتداء ، أو على معاهدات الإقامة المعقودة بين دار الإسلام ودار الحرب أى بين الدولة الإسلامية وأى دولة غير إسلامية ، ويدخل تحت هذا النوع عقد الهدنة والإذن بالإقامة فى دار الإسلام[١] .

والأمان المؤبد هو ما ليس له أجل محدود ينتهى به ، ولا يكون إلا بعقد

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٠٦ - أسنى المطالب ج ٤ ص ٢١٠ - مواهب الجليل الجزء الرابع ص ٣٦٠ ، ٣٦٤ - المغنى ج ١٠ ص ٥٧٨ .

الذمة ، ولا يتمتع به إلا الذميون الذين يقيمون إقامة دائمة فى دار الإسلام وعليهم فى مقابل ذلك التزام أحكام الإسلام[1] .

والأصل أن الناس فى العالم على نوعين : إما مؤمن بالإسلام وإما منكر له والمنكرون على نوعين : إما مسالم للإسلام وإما محارب له ، فالمسالمون للاسلام من كان بينهم و بين دار الإسلام حالة سلم متبادل ، أو عقد من عقود السلم ، كعقد الهدنة أو الموادعة أو عقد الذمة ، وأما المحاربون فهم من كانوا فى حالة حرب مع دار الإسلام و يسمى هؤلاء بالحربيين ، وكل من عدا الحربيين من سكان العالم دماؤهم وأموالهم معصومة إما بإسلامهم[2] وإما بمسالمتهم أو بتعبير آخر إما بإيمانهم و إما بأمانهم .

و إذا كان أساس العصمة هو الإيمان والأمان فإن العصمة تزول بزوال الأساس الذى قامت عليه ، فالمسلم تزول عصمته بردته وخروجه عن الإسلام ، والمستأمن والمعاهد والذمى ومن فى حكمهم تزول عصمتهم بانتهاء أمانهم ونقض عهدهم ، وإذا زالت عصمتهم أصبحوا بزوالها حربيين حكمهم حكم الحربى الذى لم يكتسب عصمة .

و إذا كانت العصمة تعنى تحريم الدم والمال فإن زوالها يعنى إباحة الدم والمال وهذا هو الإهدار ، ولما كانت العصمة لا تزول إلا عن مرتد أو حربى فمعنى ذلك أن المرتد والحربى مهدران وسبب إهدارهما هو زوال عصمتهما .

زوال العصمة بارتكاب الجرائم المهدرة : ــ وكما تزول العصمة بالردة و بانتهاء الأمان ونقض العهد فإنها تزول أيضاً بارتكاب الجرائم المهدرة ، والجرائم المهدرة هى الجرائم التى تجب عليها عقوبات مقدرة متلفة للنفس أو الطرف .

والجرائم المهدرة هى على وجه الحصر (١) الزنا من محصن (٢) قطع الطريق

---

(١) المغنى جـ ١٠ ص ٥٦٧ ــ نهاية المحتاج جـ ٨ ص ٨٠ ــ بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١١٠

(٢) راجع الفقرة ٢١١ .

أو الحرابة (٣) البغى (٤) القتل والقطع المتعمدان (٥) السرقة .

ويشترط فى الجريمة المهدرة شرطان لا يغنى أحدهما عن الآخر ، أولهما : أن تكون الجريمة ذات عقوبة مقدرة ، والعقوبات المقدرة محلها جرائم الحدود وجرائم القصاص فقط ، أما جرائم التعازير فعقوباتها غير مقدرة [1] . ثانيهما : أن تكون العقوبة متلفة للنفس أى قتلا ، أو متلفة للطرف أى قطعا .

وإذا تخلف أحد هذين الشرطين لم تكن الجريمة مهدرة ، فالسرقة التى لاقطع فيها كسرقة الأب من الابن ؛ والقتل العمد المعاقب عليه بالدية لا يعتبر أيهما جريمة مهدرة ، لأن العقوبة فيها غير متلفة ولو أن العقوبة فى حالة الدية مقدرة ؛ ومثل ذلك الزنا من غير محصن والقذف وشرب الخمر فعقوبات هذه الجرائم الثلاث عقوبات مقدرة ولكنها غير متلفة ، ومن ثم فهى جرائم غير مهدرة . وكذلك الحكم لو كانت العقوبة متلفة ولكنها غير مقدرة كالقتل تعزيراً .

وارتكاب الجريمة المهدرة يزيل العصمة من وقت ارتكاب الجريمة لا من وقت الحكم بالعقوبة ؛ لأن أساس زوال العصمة هو ارتكاب الجريمة وليس هو الحكم بالعقوبة ، وفضلا عن ذلك فالعقوبات المقدرة ما هى إلا حدود والقاعدة العامة فى الشريعة أن الحدود واجبة التنفيذ فوراً ولا تحتمل التأخير أو التهاون ، كما أنها لا تحتمل العفو أو إيقاف التنفيذ عدا عقوبة القصاص فيجوز العفو فيها من المجنى عليه أو وليه ، ومن ثم كانت الحدود عقوبات لازمة محتمة لا محيص منها ، ولم يكن هناك ما يدعو لتعليق زوال العصمة على الحكم بالعقوبة .

وإذا كان للمجنى عليه أو وليه العفو فى عقوبة القصاص فإن ذلك لا يؤثر على القاعدة العامة ؛ لأن زوال العصمة فى جرائم القصاص نسبى لا عام ، فالعصمة تزول بالنسبة للمجنى عليه أو وليه فقط ويظل الجانى معصوماً بالنسبة للآخرين

---

(١) راجع الفقرتين ٥١ ، ١٠٣ .

فإذا عفا المجنى عليه أو وليه سقطت العقوبة المتلفة وعاد الجانى معصوماً عصمة تامة كما كان قبل ارتكاب الجريمة

وفيما عدا الجرائم السابقة لا تزول العصمة بارتكاب أية جريمة أخرى ولو كانت عقوبتها القتل ما دامت العقوبة تعزيرية ؛ لأن لولى الأمر فى الجرائم التى يعاقب عليها بالتعزير حق العفو عن الجريمة وحق العفو عن العقوبة ، ومن ثم كانت العقوبة غير لازمة حتما ، وكل عقوبة غير محتمة لا تزيد العصمة ولا تهدر الجانى ولو كانت متلفة حتى بعد صدور الحكم بها ؛ لأن من الجائز أن يعفو ولى الأمر عن العقوبة فى اللحظة الأخيرة .

٣٧٥ — **المهدرون** : ونخرج مما سبق بأن المهدرين هم : (١) الحربى (٢) المرتد (٣) الزانى المحصن (٤) المحارب (٥) الباغى (٦) من عليه القصاص (٧) السارق . ولكل واحد من هؤلاء أحكام خاصة ولهذا سنتكلم عليهم واحداً بعد آخر فيما يأتى :

٣٧٦ — أولا : **الحربى** : هو أصلا من ينتمى لدولة فى حالة حرب مع الدولة الإسلامية ، وهو أيضاً من كان معصوماً بأمان أو عهد فانتهى أمانه أو نقض عهده .

ومن المتفق عليه أن الحربى مهدر الدم ، فإذا قتله شخص أو جرحه فقد قتل أو جرح شخصاً مباح القتل والجرح ولا عقاب على فعل مباح ، وإنما يعاقب الفاعل فى بعض الحالات ؛ لأنه أحل نفسه محل السلطة التنفيذية وافتات عليها بإتيانه عملا مما اختصت نفسها به .

ولا عقاب على قتل الحربى إطلاقاً إذا قتل فى ميدان الحرب أو قتل دفاعا عن النفس فى غير ميدان الحرب ، وفى هذا يتفق حكم الشريعة الإسلامية مع القوانين الوضعية .

أما إذا قتل الحربى فى غير ميدان الحرب لغير مقتض كأن ضبط فى دار

الإسلام أو استأسر فقتله من ضبطه أو أسره أو قتله غيرهما ، فإن القاتل لايؤاخذ باعتباره قاتلا ؛ لأن الحربى مباح الدم طبقا للشريعة وضبطه أو أسره لايعصمه ولا يغير من صفته كحربى ، فيبقى دمه مباحا بعد الضبط أو الأسر ، فمن قتله فقد قتل مباح الدم ولا مسئولية على قتل مباح باعتبار فعل القتل ، وإنما المسئولية تأتى من كون القاتل اعتدى على السلطة العامة التى يوكل إليها أمر من يضبط أو يؤسر من الحربيين ، فمن هذه الوجهة يسأل القاتل ويعاقب لافتياته على السلطة العامة .

وقتل الحربى فى ميدان الحرب وفى حالة الدفاع عن النفس يعتبر واجبا ، وفيما عدا ذلك فهو حق للقاتل وليس واجبا عليه .

هذا هو حكم الشريعة الإسلامية وهو يخالف حكم القوانين الوضعية التى تعتبر الفعل قتلا عمدا وتعاقب عليه على هذا الاعتبار وإن كان الذى يحدث عملا أن المحاكم تقدر ظروف الجانى والمجنى عليه وتقضى على الجانى بعقوبة مخففة بقدر الإمكان.

والنتيجة العملية أن الشريعة تتفق مع القوانين الوضعية فى عقاب القاتل ، ولكن الخلاف واقع فى تكييف الفعل المعاقب عليه ، فالقوانين تعتبره قتلا والشريعة تعتبره افتياتا على السلطات العامة .

٣٧٧ — ثانيا — المرتد : المرتد هو المسلم الذى غيّر دينه ، فالردة مقصورة على المسلمين ولا يعتبر مرتدا من يغير دينه من غير المسلمين .

ويعتبر المرتد مهدر الدم فى الشريعة[١] ، فإذا قتله شخص لا يعاقب باعتباره

---

(١) يعتبر المرتد مهدر الدم من وجهين: أولهما: أنه كان معصوماً بالإسلام فلما ارتد زالت عصمته فأصبح مهدراً ، وثانيهما : أن عقوبة المرتد فى الشريعة القتل حداً لا تعزيراً لقوله عليه السلام « لايحل قتل امرىء إلا بإحدى ثلاث : كفر بعد إيمان ، وزنا بعد إحصان، وقتل نفس بغير نفس » ولقوله «من بدل دينه فاقتلوه» فعقوبة الردة عقوبة متلفة ، وعلى هذا تعتبر الردة من الجرائم المهدرة إذا نظر إلى عقوبتها ، ولكن لما كان أساس الردة هو الرجوع عن الإسلام وهو الأصل فى العصمة فقد نظر فى الإهدار إلى الوجه الأول دون الثانى .

قاتلا عمدا ، سواء قتله قبل الاستتابة[١] أو بعدها ؛ لأن كل جناية على المرتد هدر مادام باقيا على ردته .

والأصل أن قتل المرتد للسلطات العامة ، فإن قتله أحد الأفراد دون إذن هذه السلطات فقد أساء وافتات عليها فيعاقب على هذا لا على فعل القتل فى ذاته وعلى هذا الرأى فقهاء المذاهب الأربعة[٢] إلا أن فى مذهب مالك رأى مخالف[٣] يرى أصحابه أن المرتد غير معصوم، ولكنهم يرون مع ذلك أن على قاتله التعزير ودية لبيت المال ، وحجتهم أن المرتد تجب استتابته ، فهو بعد ردته كافر فمن قتله فقد قتل كافرا محرم القتل فتجب عليه ديته لبيت المال ؛ لأنه هو الذى يرث المرتد، فكأن أصحاب هذا الرأى يزيلون عصمة المرتد بالردة ويعصونه بكفره وهو تناقض ظاهر يكفى لهدم رأيهم ، ويمكن الرد عليهم بأنه لما كان مسلما عصمه الإسلام فلما كفر زالت عصمته ، وأن الكفر لا يعصم صاحبه وإنما الذى يعصمه الأمان من ذمة أو عهد أو غيرهما والمرتد لا يدخل تحت واحد منها فلا يمكن اعتباره معصوما بعد كفره .

ويشترط لعقاب قاتل المرتد على افتياته واستهانته بالسلطات العامة أن تكون هذه السلطات قد اختصت نفسها بمعاقبة المرتد ، فإذا كانت لا تعاقب على الردة كما هو حادث اليوم فى مصر وغيرها من بلاد الإسلام، فليس لها أن تعاقب قاتل المرتد باعتباره مفتاتا عليها ؛ لأنه لا يعتبر مفتاتا إلا بتدخله فيما اختصت نفسها به من تنفيذ أحكام الشريعة ، فإذا كانت قد أهملت تنفيذ حكم من الأحكام فأقامه الأفراد فليس لها أن تؤاخذهم على إقامته بحال من الأحوال .

---

(١) يشترط الفقهاء قبل الحكم بعقوبة الردة أن يستتاب المرتد ويعرض عليه الإسلام من جديد فإن لم يتب قتل حداً

(٢) البحر الرائق الجزء الخامس ص ١٢٥ – الإقناع الجزء الرابع ص ٣٠١ – المهذب الجزء الثانى ص ٢٣٨ – مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣٣ .

(٣) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ١٢٧ .

والقاعدة العامة عند الشافعيين أن غير المعصوم معصوم على أنداده ، فالمرتد غير معصوم ولكنه معصوم على شبيهه[1] فلا يباح دمه لمرتد مثله ، فإن قتله فهو قاتل متعمد ولو أسلم فيما بعد ، بخلاف مالو قتله مسلم فإنه لايعتبر قاتلا ، وكذلك لو قتله ذمى على الرأى الراجح[2] . ويطبق الشافعون قاعدتهم هذه على كل المهدرين ، ولكن الفقهاء الآخرين لايأخذون بهذه القاعدة .

وقتل المرتد يعتبر واجبا فى الشريعة الإسلامية على كل فرد وليس حقا ؛ لأن عقوبة الردة من الحدود وهى واجبة الإقامة ولا يجوز العفو عنها ولا تأخيرها ، ولا يعفى الأفراد من هذا الواجب أن يعهد بإقامته إلى السلطات العامة ، ولا يسقط هذا الواجب عن الأفراد إلا إذا نفذته السلطات فعلا .

وتختلف القوانين عن الشريعة الإسلامية فى أنها لا تعاقب على تغيير الدين بالذات ، ولكنها تأخذ بنظرية الشريعة وتطبقها على من يخرج على النظام الذى تقوم عليه الجماعة ، فالدولة الشيوعية تعاقب من رعاياها من يترك المذهب الشيوعى وينادى بالديموقراطية أو الفاشية ، والدولة الفاشية تعاقب من يخرج على الفاشية وينادى بالشيوعية أو الديموقراطية ، والدول الديموقراطية تحارب الشيوعية والفاشية وتعتبرهما جريمة ، فالخروج على المذهب الذى يقوم عليه النظام الاجتماعى فى دائرة القانون يقابل الخروج على الدين الإسلامى الذى يقوم عليه نظام الجماعة فى الشريعة الإسلامية . والخلاف بين الشريعة والقوانين فى هذه المسألة خلاف فى تطبيق المبدأ وليس خلافا على ذات المبدأ ، فالشريعة الإسلامية تجعل الإسلام أساس النظام الاجتماعى ، فكان من الطبيعى أن تعاقب على الردة لتحمى النظام الاجتماعى . والقوانين الوضعية لا تجعل الدين أساسا للنظام الاجتماعى ، وإنما تجعل أساسه أحد المذاهب الاجتماعية . فكان من الطبيعى أن لا تحرم تغيير الدين وأن تهتم بتحريم

---

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣ — شرح الأنصارى على البهجة ج ٥ ص ٣ ، ٤ .

(٢) شرح الأنصارى على البهجة ج ٥ ص ٣ .

كل مذهب اجتماعى مخالف للمذهب الذى أسس عليه نظام الجماعة .

وقد جرى قانون العقوبات المصرى مجرى القوانين الوضعية التى أخذ عنها فلم ينص على عقاب المرتد مع أن الإسلام هو أساس نظام الجماعة فى كل البلاد الإسلامية ، ولكن عدم النص على عقاب المرتد لا يعنى أن الردة مباحة؛ لأن الردة جريمة يعاقب عليها بالقتل حدا طبقا لنصوص الشريعة الإسلامية ، تلك النصوص التى لا تزال قائمة ولا يمكن أن تلغى أو تنسخ بالقوانين الوضعية ما بقى الإسلام قائما كما بينا ذلك من قبل[1] ، فمن يقتل الآن مرتدا لا يعاقب على قتله بأى حال ، ولا يعتبر مفتاتا على السلطات العامة ؛ لأنه أتى فعلا مباحا طبقا للشريعة وأدى واجبا من الواجبات التى تفرضها عليه .

ويلاحظ أن قانون العقوبات المصرى وإن لم ينص على عقاب المرتد إلا أنه لا يسرى على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة (م ٦٠ عقوبات) ، وهذا يكفى لإعفاء قاتل المرتد من العقاب ؛ لأن إعفاء من يستعمل حقه أساسه إباحة الفعل فى الشريعة ، وقتل المرتد فعل تبيحه الشريعة ، وإذا كان قتل المرتد واجبا وليس حقا فإن كل واجب يساوى الحق ويزيد عنه درجة ، فهو يساويه إذا نظرنا إلى ذات الفعل أو من يقع عليه الفعل ، فإذا نظرنا إلى الفعل وجدنا أنه مباح فى حالة الحق والواجب ، وإذا نظرنا إلى من يقع عليه الفعل وجدنا أنه لا يستطيع دفع الفعل باعتباره جريمة ؛ لأن من حق الفاعل أن يأتيه عليه سواء فى حالة الحق أو الواجب . ويزيد الواجب عن الحق إذا نظرنا إلى مصدر التكليف فالمكلف بالواجب ملزم بإتيانه ، أما صاحب الحق فله أن يأتيه أو يتركه ، فالفرق بين الواجب والحق لا يظهر إلا فى مسئولية المكلف بالواجب عند تركه ، فهو قد يتعرض للعقاب بترك الواجب أما صاحب الحق فلا

---

(١) راجع الفقرة ١٩١ وما بعدها .

يتعرض بالترك لعقوبة ما ، فإذا أعفى صاحب الحق من المسئولية إذا أتى فعلا مباحا له أن يأتيه أو يتركه ، فأولى أن يعفى المكلف بالواجب إذا أتى فعلا مباحا ليس له أن يتركه .

ويضاف إلى ما سبق أن المادة السابعة من قانون العقوبات المصرى نصت أيضا على أن أحكام هذا القانون لا تخل فى أى حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة فى الشريعة ، والواجبات المقررة على الأفراد ليست كما ذكرنا إلا حقوقا شخصية لهم فى إتيان الفعل إذا نظرنا إلى محل الواجب ، فالتطبيب واجب على الطبيب يلزمه الشارع بأدائه ولكن تأدية هذا الواجب تعطى الطبيب الحق فى جرح المريض أو بتر طرفه ، وقتل المرتد واجب على كل فرد يسأل عن تأديته أمام الشارع ولكن تأدية هذا الحق تعطى المكلف بالواجب الحق فى قتل المرتد. ومن واجب الجلاد قطع رقاب المحكوم عليهم بالقتل ، ولكن تأدية هذا الواجب تعطيه الحق فى قطع رقبة المحكوم عليه. على أننا لسنا فى حاجة لهذا التعليل مادمنا نقول ببطلان النصوص القانونية المخالفة للشريعة .

٣٧٨ - (ثالثها) **الزانى المحصن** : — تعاقب الشريعة الزانى المحصن بالرجم والزانى غير المحصن بالجلد ، وعقوبة الرجم عقوبة متلفة يقصد منها إهلاك الزانى وزجر غيره ، أما عقوبة الجلد فغير متلفة ويقصد منها تأديب الزانى وزجر غيره . ولما كانت عقوبة الرجم متلفة وكانت حدا أى عقوبة مقدرة فقد اعتبر الزانى المحصن مهدر الدم .

ومن المتفق عليه عند مالك وأبى حنيفة وأحمد أن ليس على قاتل الزانى المحصن قصاص ولادية ؛ لأن الزانى المحصن يصبح بزناه مباح القتل ، ولما كانت عقوبة الزنا من الحدود ، والحدود لا يجوز تأخيرها . ولا العفو عنها فإن قتل

الزانى المحصن يعتبر واجباً لابد منه إزالة للمنكر وتنفيذاً لحدود الله [١] .

ويتفق الرأى الراجح فى مذهب الشافعى مع الرأى السابق ، أما الرأى المرجوح فى مذهب الشافعى فيرى أصحابه أن قاتل الزانى المحصن يقتل به ؛ لأنه قتله لغيره وليس لنفسه فوجب فيه القصاص ، كما لو قتل رجل رجلا فقتله غير ولى الدم [٢] . ويرد على ذلك بأن الزانى المحصن مباح الدم للجميع لا لشخص بعينه ، وأن قتله متحتم لاخيار فيه بعكس القاتل فإن دمه لا يباح إلا لولى الدم فقط ، وله الخيار إن شاء قتل وإن شاء عفا .

وإذا كان لايجوز مؤاخذة من يقتل الزانى المحصن باعتباره قاتلا ، فإنه لايجوز أن يؤاخذ باعتباره مفتاتاً على السلطات العامة [٣] بشرط أن تأخذ السلطات العامة على عاتقها أداء هذا الواجب ، فإذا أهملت فى أداء هذا الواجب أو تخلت عنه فليس لها أن تواخذ من أداه بحجة أنه مفتات عليها .

ويشترط الشافعيون فى قاتل الزانى المحصن أن يكون معصوماً ؛ لأن مهدر الدم لا يعتبر مهدراً لمثله ، فالزانى المحصن لا يعتبر مهدر الدم للزانى المحصن ، ولا للمرتد ، ولا للحربى ؛ لأنهم جميعاً فى درجة واحدة ودمهم جميعاً مهدر [٤] .

أما إذا كان الزانى غير محصن فعقوبته الجلد فقط ، فمن قتله فى غير حالة التلبس اعتبر قاتلا عمداً وأقيد به ؛ لأنه قتل معصوم الدم ، وهذا متفق عليه بين الأئمة الأربعة .

وإذا قتل الزانى غير المحصن فى حالة التلبس فلاعقوبة على قاتله عند مالك

---

(١) حاشية الطهطاوى ج ٤ ص ٢٦٠ — مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣١ ، ٢٣٣ — المغنى ج ٩ ص ٤٣ .

(٢) المهذب ج ٢ ص ١٨٦ .

(٣) المرجع السابق وتبصرة الحكام ج ٢ ص ١٧٠ .

(٤) تحفة المحتاج ج ٤ ص ١٠ — شرح الأنصارى على البهجة ج ٥ ص ٣ ، ٤ .

وأبى حنيفة وأحمد ، وحجتهم فى ذلك قضاء عمر رضى الله عنه ، فقد كان يتغدى يوماً فأقبل عليه رجل يعدو ومعه سيف مجرد ملطخ بالدم حتى قعد مع عمر ، وجاء جماعة فى أثره فقالوا : إن هذا قتل صاحبنا مع امرأته . فقال عمر : ما يقول هؤلاء ؟ قال الرجل : لقد ضربت نخذى امرأتى بالسيف ، فإن كان بينهما أحد فقد قتلته ، فقال لهم عمر : ما يقول الرجل ؟ فقالوا : ضرب بالسيف فقطع نخذى امرأته وأصاب وسط الرجل فقطعه اثنين . فقال عمر للرجل : إن عادوا فعد وأهدر دم القتيل .

ويعلل بعض الفقهاء إباحة القتل فى حالة التلبس بالزنا بالاستفزاز الذى ينتاب القاتل فيدفعه للقتل ، وهؤلاء يفرقون بين الأجنبية وغير الأجنبية ، فإن كانت المزنى بها أجنبية فلا يباح القتل ، وإن لم تكن أجنبية يباح القتل ؛ لأن الزنا بالأجنبية لا يستفز الشخص كما يستفزه الزنا بأهله من زوجة أو أم أو أخت إلخ .

ولكن أغلب الفقهاء لا يعللون الإباحة بالاستفزاز ، وإنما يعللونها بتغيير المنكر ، فيرون أن قتل الزانى غير المحصن فى حالة التلبس تغيير المنكر باليد وهو واجب على من استطاعه [1] . وأصحاب هذا الرأى لا يفرقون بين الزنا بأجنبية أو بغير أجنبية ، ويبيحون قتل الزانى غير المحصن رجلا كان أو امرأة فى حالة التلبس مطلقاً ، وهذا هو الرأى الراجح فى المذاهب الثلاثة [2] .

أما الشافعى فلا يرى قتل الزانى غير المحصن فى حالة التلبس إلا إذا لم يمكن منعه عن الجريمة إلا بالقتل ، وفيما عدا هذا يعتبر قتله جريمة يعاقب عليها بعقوبة القتل العمد سواء كانت هناك حالة استفزاز أو لم تكن ؛ لأن الاستفزاز

---

(١) راجع الفقرة ٣٤٥ .

(٢) تبصرة الحكام ج ٢ ص ١٦٩ ، ١٧٠ ـ البحر الرائق ج ٥ ص ٤٠ ، ٤١ ـ المغنى ج ١٠ ص ٣٥٣ وما بعدها .

لا يبيح القتل ؛ ولأن دفع المنكر لا يبيح القتل إلا إذا كان القتل هو الوسيلة الوحيدة لدفع المنكر[1] على أن بعض الشافعيين يرى قتل الزانى غير المحصن مادام قد أولج لأنه مواقع فى كل لحظة[2] ويبيح هؤلاء لدافع المنكر أن يبدأ بالقتل .

ويستوى عند الفقهاء أن يكون القتل للزنا بصفة عامة قبل حكم القضاء بثبوت جريمة الزنا أو بعد الحكم ، والمهم أن تثبت جريمة الزنا على القتيل بأدلتها الشرعية، فإن ثبتت فلا يسأل القاتل عن القتل على التفصيل السابق ، وإن لم تثبت فهو مسئول جنائياً عن القتل العمد .

وليس فى القوانين الوضعية الحديثة مايتفق مع الشريعة الإسلامية فى عقاب الزنا ، فليس فى هذه القوانين ما يعاقب على الزنا بالقتل أو ما يعاقب على كل زنا كما تفعل الشريعة ، وقد نهج قانون العقوبات المصرى نهج القوانين الوضعية السائدة فى البلاد غير الإسلامية ، لكن نصوص قانون العقوبات ، أيا كانت لا أثر لها على أحكام الشريعة ، وهى نصوص باطلة بطلاناً مطلقاً فى كل مايخالف الشريعة صحيحة فقط فى كل ما يتفق مع أحكام الشريعة أو مبادئها العامة . وقد بسطنا هذا من قبل بسطاً وافياً فلا نعود إليه[3] .

وإذا كان قتل الزانى المحصن واجباً تلزم به الشريعة الأفراد فإن هذا الواجب يدخل تحت الحقوق الشخصية التى نص عليها قانون العقوبات المصرى للأسباب التى ذكرناها بمناسبة الكلام على واجب قتل المرتد ، ولا نذكر هذا لنبرر به قتل الزانى المحصن فقتله واجب طبقاً للشريعة ، ولا عبرة بالنصوص القانونية المخالفة للشريعة ، وإنما نذكر ما نذكر فى هذا الشأن لنبين مدى اضطراب النصوص القانونية ، فبعضها لا يعاقب على ما تبيحه الشريعة من قتل المرتد والزانى وغيرهما من المهدرين كالمادة السابعة من قانون العقوبات ، وبعضها يحرم

(١) المهذب ج ٢ ص ١٨٦ ـ الأم ج ٦ ص ٢٦ .
(٢) شرح الأنصارى على البهجة ج ٥ ص ١١٣ .
(٣) راجع الفقرة ١٩١ وما بعدها .

فتل المهدرين كنص المادة ٣٣٠ عقوبات ، وعلة هذا الاضطراب أن واضع قانون العقوبات كان يجهل مدى الحقوق المقررة للأفراد فى الشريعة ومدى الواجبات المفروضة عليهم .

٣٧٩ - (رابعا) **المحارب** : المحارب هو من يرتكب جريمة الحرابة أى الإفساد فى الأرض أو قطع الطريق كما يسميها البعض أو السرقة الكبرى كما يسميها البعض الآخر .

ولجريمة الحرابة أكثر من عقوبة واحدة وذلك ظاهر من قوله تعالى : ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله و يسعون فى الأرض فساداً ، أن يُقَتَّلُوا أو يُصَلَّبُوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ﴾[المائدة: ٣٣] فعقوبة الحرابة هى القتل والصلب وقطع الأيدى والأرجل من خلاف والنفى ، وأول ما يلاحظ على هذه العقوبات المتعددة أنها ليست جميعاً متلفة .

وقد اختلف الفقهاء فى أمر هذه العقوبات هل هى مرتبة على قدر الجريمة أم هى على التخيير ؟ وأساس اختلافهم هو تفسير الحرف «أو » فمن رأى البعض أنه جاء للتفصيل والترتيب ، ومن رأى البعض أنه جاء للتخيير .

ويرى الفقهاء فى مذهب أبى حنيفة والشافعى وأحمد أن العقوبات مرتبة على حسب الجناية التى وقعت ، فمن قتل ولم يأخذ مالا قتل ، ومن أخذ المال ولم يقتل قطع ، ومن قتل وأخذ المال قتل وصلب[1] ، ومن أخاف السبيل ولكنه لم يقتل ولم يأخذ مالا نفى[2] .

---

(١) لايرى أبو حنيفة بأساً من الجمع بين القطع والقتل فى هذه الحالة ، ويخالفه فى هذا صاحباه ، ولأحمد رأى يتفق مع رأى أبى حنيفة فى هذه النقطة ، راجع بدائع الصنائع ج٧ ص٩٣ والمغنى ج ١٠ ص ٣٠٥ .

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٣٠٤ وما بعدها - بدائع الصنائع ج ٧ ص ٩٣ - أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٤ ، ١٥٥ .

وعند مالك أن المحارب إذا قتل فلابد من قتله ، وليس للإمام تخيير فى قطعه ولا فى نفيه ، وإنما التخيير فى قتله أو صلبه ، وأما إن أخذ المال ولم يقتل فلا تخيير فى نفيه وإنما التخيير فى قتله أو صلبه أو قطعه من خلاف ، وأما إذا أخاف السبيل فقط فالإمام مخير فى قتله أو صلبه ؛ أو قطعه أو نفيه ، ومعنى التخيير عند مالك أن الأمر راجع فى ذلك إلى اجتهاد الإمام ، فإن كان المحارب ممن له الرأى والتدبير فوجه الاجتهاد قتله أو صلبه ؛ لأن القتل لا يرفع ضرره وإن كان لا رأى له ، وإنما هو ذو قوة وبأس قطعه من خلاف ، وإن كان ليس فيه شىء من هاتين الصفتين أخذ بأيسر ذلك فيه وهو النفى والتعزير (١) .

والحرابة جريمة من جرائم الحدود وعقوباتها حدود ، والقاعدة أن عقوبة الحد لازمة فلا تسقط بإهمال تنفيذها ولا بالعفو عنها . ولكن عقوبات الحرابة تسقط استثناء بالتوبة لقوله تعالى : ﴿ إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم ﴾ [المائدة : ٣٤] فإذا تاب المحارب سقطت عنه عقوبات القتل والصلب والقطع والنفى أى العقوبات المقررة حداً لجريمة الحرابة بشرط أن تكون التوبة قبل القدرة عليه ، فإن تاب بعد القدرة لم يسقط عنه شىء (٢) .

ويترتب على التفصيلات التى ذكرناها أن المحارب يختلف حاله فى الإهدار باختلاف رأى الفقهاء فيما إذا كانت العقوبات جاءت على وجه الترتيب أو التخيير ، فإذا قلنا إنها جاءت على الترتيب فالمحارب يهدر دمه بالقتل وبالقتل وأخذ المال ، وتهدر يده اليمنى ورجله اليسرى بأخذ المال فقط ، ولا يهدر منه شىء بإخافة السبيل فقط ؛ لأن العقوبة النفى وهو غير متلف . وإن قلنا إن العقوبات جاءت على التخيير فالمحارب يهدر دمه بالقتل ؛ لأن العقوبة هى القتل

---

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٨٠ ، ٣٨١ .

(٢) المغنى الجزء العاشر ص ٣١٥ — بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٨٢ .

أو الصاب وكلاهما عقوبة متلفة ، وكذلك الحكم فى حالة القتل وأخذ المال . أما إذا أخذ المال ولم يقتل ، فلا يهدر منه إلا يده اليمنى ورجله اليسرى ؛ لأن الإمام وإن كان له أن يقتله أو يصلبه إلا أن له أن يقطعه ، فالقطع هو أقل العقوبات الواجبة ولا يمكن النزول عنه ، وأما إذا أخاف السبيل فقط فلا يهدر منه شىء ولو أن للإمام أن يقتله أو يصلبه أو يقطعه ؛ لأن للإمام أيضاً أن ينفيه والنفى عقوبة غير متلفة .

ويعتبر الجانى مهدراً على الوجه السابق من وقت ارتكاب الجريمة لا من وقت الحكم بالعقوبة . وينبنى على هذه القاعدة أن تتغير حالة الإهدار فى الجانى عند القائلين بالتخيير فى العقوبة ؛ لأن من يأخذ المال فقط قد يحكم عليه بالقتل فيصبح مهدر الدم من وقت الحكم بعد أن كان مهدراً فى طرفيه فقط من وقت ارتكاب الجريمة ، ومن أخاف السبيل فقط إذا حكم عليه بالقتل أو القطع يهدر إهداراً كلياً أو جزئياً من وقت الحكم مع أنه لم يكن مهدراً قبل ذلك .

وتزول حالة الإهدار بتوبة المحارب قبل القدرة عليه ويعود المحارب معصوماً ، فمن قتله أو قطعه بعد ذلك فهو قاتل أو قاطع متعمد إذا كان عالماً بالتوبة ، فإن لم يكن عالماً فهو قاتل أو قاطع خطأ .

ويعتبر قتل المحارب قبل التوبة أو قطعه واجباً لاحقاً ، لأن عقوبات الحرابة من الحدود ولا يجوز تأخيرها ، وتنفيذها واجب على كل فرد أصلا ، واختصاص أولى الأمر أنفسهم بإقامة هذه العقوبات لا يسقط واجب إقامتها عن الأفراد إلا إذا أقيمت فعلا .

ويجوز للسلطات العامة أن تعاقب من يقتل أو يقطع مهدراً لا باعتباره قاتلا أو قاطعاً ، وإنما باعتباره مفتاتاً على السلطات العامة ، ولكن يشترط لاستحقاق العقاب فى هذه الحالة أن تكون السلطات حريصة على إقامة الحدود طبقاً لنصوص الشريعة .

وإذا كان المحارب مهدراً إهداراً جزئياً كأن أخذ المال ولم يقتل فقتله شخص فهو مسئول عن قتله عمداً ، وإذا قطع طرفا غير الطرف المستحق فهو مسئول عن قطعه عمداً ما لم يقصد الطرف المستحق فيخطىء ويصيب غيره ، فإنه يسأل عن قطعه خطأ .

وإذا قطع الطرف المهدر فأدى القطع إلى الموت فلا مسئولية على القاطع ؛ لأن الموت تولد عن قطع واجب ، والواجب لا يتقيد بشرط السلامة .

٣٨٠ ـ خامساً ـ **الباغى** : الباغى هو من يعمل على تغيير نظام الحكم أو الحكام بالقوة ، أو يمتنع عن الطاعة معتمداً على القوة ، والبغى جريمة توجه ضد نظام الحكم والحكام ولا توجه إلى النظام الاجتماعى ، فإذا كانت الجريمة مقصوداً بها النظام الاجتماعى فهى ليست بغياً ، وإنما هى إفساد فى الأرض ، والنظام الاجتماعى الذى تقوم عليه الجماعة هو الإسلام وليس لها نظام غيره .

ويشترط الفقهاء فى جريمة البغى شروطاً خاصة سبق أن ذكرناها [1] أهمها أن يكون البغاة متأولين وأن يكونوا ذوى شوكة ومنعة ، وأن يبدأوا فى تنفيذ غرضهم بالقوة على رأى أو أن يأخذوا فى التجمع والامتناع بقصد تنفيذ غرضهم بالقوة .

وإذا توفرت شروط جريمة البغى ، أهدر دم الباغى ، فمن قتله فقد قتل شخصاً مباح الدم ولا عقوبة عليه ويظل دم الباغى مهدراً حتى تنتهى حالة البغى .

ويختلف مذهب أبى حنيفة [2] عن غيره فى أنه يهدر دمهم من وقت تجمعهم وامتناعهم ولو لم يبدأوا بالقتال أو الاعتداء . أما مالك والشافعى وأحمد فيشترطون لإهدار دم البغاة أن يبدأوا بالقتال أو الاعتداء . والقاعدة عندهم أن الباغى لا يحل

---

(١) راجع الفقرة ٧٨ .

(٢) البحر الرائق ج ٥ ص ١٤٢ ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٦ ـ شرح القدير ج ٣ ص ٤١١ .

دمه غير حرب أو صيال(١) .

وقتال البغاة واجب فى الشريعة لقوله تعالى : ﴿ فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء إلى أمر الله ﴾ وهذا الواجب ملقى على عاتق كل فرد ، فإذا خصصت السلطات العامة أشخاصاً بأعيانهم لقتال البغاة ، فإن هذا لا يمنع غيرهم من أداء الواجب ولا يسقطه عنهم مادامت حالة البغى قائمة .

وليس للسلطات العامة أن تؤاخذ قاتل الباغى على القتل ؛ لأن الباغى مباح القتل ، ولكن لهذه السلطات أن تعاقب القاتل باعتباره مفتاتاً على السلطات العامة بشرط أن تكون السلطات قائمة بأداء هذا الواجب ومخصصة له من يقوم بأدائه .

٣٨١ ـ سادساً ـ **من عليه القصاص** : القصاص فى الشريعة هو العقوبة الأصلية للقتل والجرح العمد ، ومعنى القصاص أن يعاقب الجانى بمثل فعله ، والقصاص عقوبة مقدرة كما أنه عقوبة متلفة ، ويقع القصاص على النفس وعلى مادون النفس ، فإذا وقع على النفس كان قتلا . وإذا وقع على ما دون النفس كان جرحا أو قطعاً .

ومن أتى فعلا يوجب القصاص يعتبر مهدراً فيما أوجبه على نفسه بفعله ، فإن وجب عليه القتل فهو مهدر الدم ، وإن وجب عليه قطع طرف أو جارحة فهو مهدر فى طرفه أو جارحته التى وجب فيها القصاص .

والإهدار فى القصاص إهدار نسبى ، فلايهدر الجانى إلا للمجنى عليه أووليه وفيما عدا ذلك فهو معصوم فى حق الكافة ، وعلة نسبية الإهدار فى القصاص أن القصاص حق لاواجب فلا يهدر الجانى إلا لصاحب الحق إن شاء استعماله ، فالقتل لايبيح دم القاتل إلا لولى القتيل ، فإذا جاء أجنبى فقتل القاتل ولو بعد

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٨ ـ المهذب ج ٢ ص ٢٣٦ ـ الإقناع ج ٤ ص٢٩٣

الحكم عليه بالقصاص فقد ارتكب جريمة قتل متعمد ؛ لأنه قتل شخصاً معصوم الدم فى حقه ؛ ولأن من المحتمل أن يعفو ولى الدم عن المحكوم عليه فيمتنع تنفيذ الحكم . وهذا هو رأى جمهور الفقهاء(١) .

والأصل فى الشريعة أن إقامة الحدود واستيفاء العقوبات للسلطان ، ولا يستثنى من هذا الأصل إلا القصاص فللمجنى عليه أو وليه أن يستوفى العقوبة بنفسه .

ومن المتفق عليه أن لولى الدم أن يستوفى القصاص بنفسه فى القتل بعد الحكم بالعقوبة وتحديد ميعاد التنفيذ ، بشرط أن يكون الاستيفاء تحت إشراف السلطان و بشرط أن يكون ولى الدم قادراً على الاستيفاء ومحسناً له ، فإن كان عاجزاً عن الاستيفاء أولا يحسنه جاز له أن يوكل من يتوفر فيه هذان الشرطان وليس ثمة ما يمنع من أن يكون هذا الوكيل موظفاً مخصصاً لهذا الغرض .

أما القصاص فيما دون النفس فمختلف عليه ، فيرى مالك والشافعى ورأيهما وجه فى مذهب أحمد أن المجنى عليه أو وليه ليس له أن يستوفى القصاص فيما دون النفس بأى حال سواء كان يحسن القصاص أو لايحسنه ؛ لأنه لايؤمن مع قصد التشفى أن يحيف على الجانى أو يجنى عليه بما لا يمكن تلافيه ، وإنما يتولى القصاص من يحسنه من الخبراء ، ويقول مالك فى هذا : « أحب إلى أن يولى الإمام على الجراح رجلين عدلين ، فإن لم يجد إلا واحداً فأرى ذلك مجزئاً إن كان عدلا »(٢) .

ويرى أبوحنيفة ورأيه وجه فى مذهب أحمد أن للمجنى عليه أن يستوفى القصاص بنفسه فيما دون النفس ؛ لأنه حقه فله استيفاؤه بنفسه كسائر الحقوق

---

(١) المغنى ج ٩ ص ٣٥٦ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٣ ، ٢٥٤ – المهذب ج ٢ ص ١٩٧ – الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩٩ .

ما دام يحسنه ، فإن لم يكن يحسنه فله أن يوكل عنه خبيراً بالقصاص . والقائلون بهذا الرأى فى مذهب أحمد لايرون مانعاً من تعيين رجل خبير بالقصاص بأجر من بيت المال تكون مهمته أن يستوفى نيابة عمن لايحسنون الاستيفاء(١) .

والأصل فى تقرير حق القصاص للمجنى عليه أو وليه قول الله تعالى: ﴿ ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف فى القتل ﴾ [الإسراء : ٣٣] والمفروض أن مستحق القصاص ليس له أن يستعمل حقه إلا بعد الحكم بالعقوبة وفى الوقت المحدد للتنفيذ .

وفى الوقت الذى منحت فيه الشريعة ولى الدم حق القصاص فإنها منحته حقاً آخر هو حق العفو عن القصاص ، وجعلت له أن يعفو على مال أو مجاناً ؛ فإذا عفا امتنع القصاص وكان للسلطات العامة أن تعاقب الجانى بما تراه من عقوبة أخرى دون القتل .

وقد حرضت الشريعة ولى الدم على العفو بمختلف الأساليب ، فجعلت للعافى أن يعفو على مال يأخذه ، ووعدته بالثواب فى الآخرة وبرضاء الله جل شأنه ، من ذلك قوله تعالى : ﴿ فمن عفا وأصلح فأجره على الله ﴾ [الشورى : ٤٠] وقوله ﴿ والعافين عن الناس والله يحب المحسنين ﴾ [آل عمران : ١٣٤] واعتبرت الشريعة العفو رحمة من الله للناس ، وذلك قوله تعالى: ﴿فمن عُفِيَ له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة ﴾ [البقرة : ١٧٨] ويؤثر عن الرسول صلى الله عليه وسلم ، فيما روى عنه أنس أنه ما رفع إليه أمر فيه القصاص إلا أمر فيه بالعفو .

وقد يحسب البعض أن تقرير حق القصاص لولى الدم إنما هو إقرار للعادات الأولية التى كانت سائدة فى الشعوب الهمجية ، ولكنها فكرة خاطئة لاتقوم

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٦ ـ الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩٨ ، ٣٩٩ .

على أساس صحيح ، فإن الشريعة حين قررت هذا الحق لولى الدم لم تكن تقر عادات سائدة كما يظن البعض وإنما كانت تنظر قبل كل شىء إلى طبيعة البشر وغرائزهم ، وإلى مصلحة الأفراد والجماعة ، شأنها فى كل ماجاءت به من مبادىء وما قررته من حقوق أو فرضته من واجبات .

وليس ثمة من ينكر أن حب الانتقام طبيعة فى الإنسان ، وأنه مهما تثقفت طباعه وهذبت غرائزه فإنه يفضل أن ينتقم بيده لنفسه على أن يكون الانتقام بيد غيره ، وليس أيضا من يجادل فى أن الإنسان بطبعه يكون أقرب للعفو عن حقه بنية صحيحة كلما كان قادرا على الوصول لحقه لايمنعه عنه مانع .

ومن المبادىء المسلم بها أن تقرير القصاص عقوبة للقتل من مصلحة الجماعة؛ لأن القتل أنفى للقتل ؛ ولأن فى القصاص حياة ، ومن المبادىء المسلم بها أيضا أن العفو عن القصاص بنية صحيحة يؤدى إلى حفظ الأمن وصيانة الدماء وتقليل الجرائم

على أساس الطبيعة البشرية وعلى أساس هذه المبادىء السليمة المسلم بها قررت الشريعة حق ولى الدم فى أن يقتص بنفسه ، لترضى بذلك نزعة الانتقام الكامنة فى أغواره ، ولتحول بينه وبين أن يأخذ حقه بيده قبل المحاكمة أو قبل الموعد المحدد لتنفيذ العقوبة ، أو أن يرى العقوبة التى تنفذها السلطات العامة غير كافية لشفاء نفسه فيحاول أن ينتقم من أهل القاتل .

وعلى نفس الأسس جعلت الشريعة لولى الدم أن يقتص أو أن يعفو ، فبعد أن مكنته من القصاص كل التمكين . وسلطته على الجانى إلى هذا الحد، حببت إليه العفو ، ودعته إليه وأغرته به من الناحية المادية فجعلت له أن يعفو على مال ، وأغرته به من الناحية المعنوية فوعدته رضاء الله وحسن ثواب الآخرة حتى إذا ماعفا بعد هذا كله فقد عفا بنية صحيحة ، وانمحت السخائم والحزازات وحل الوئام محل الخصام وهو العامل الفعال فى حفظ الأمن و إقرار النظام بين الجماعات،

وللسلطة العامة بعد ذلك أن تعاقب القاتل بما تراه ملائما من العقوبات بشرط أن لاتصل إلى القتل .

فالشريعة إذن قصدت من إعطاء ولى الدم حق القصاص إصلاح النفوس ، و إحلال الوئام محل الخصام ، وحفظ الأمن والنظام ، وتقليل الجرائم ، وحمل الناس على احترام الأحكام ، ومنعهم من التفكير فى الانتقام لأنفسهم وأهليهم ، كما أنها قصدت فوق هذا كله حفظ الدماء والأرواح وعدم الإسراف فى عقوبة الإعدام بقدر الإمكان .

وحق القصاص حق لايتجزأ ، أما حق العفو فحق قابل للتجزئة ، وهذا هو رأى أبى حنيفة والشافعى وأحمد ، و يترتب على هذا الرأى أنه لوعفا أحد أولياء الدم سقط حق الباقين فى القصاص . ولكن مالكا يرى أن حق العفو حق لايقبل التجزئة أيضا و يترتب على ذلك أن العفو لايكون له أثر مالم يكن من جميع أولياء الدم ، فإذا عفا أحدهم كان للآخر أن يقتص .

وأبسط الصور فى استعمال حق القصاص أن يحكم على الجانى بالعقوبة ، فإذا حان موعد التنفيذ نفذ ولى الدم العقوبة أو وكل غيره فى تنفيذها ، ومن المسلم به أن لامسئولية على ولى الدم فى هذه الحالة ، وأن فعله ليس جريمة ؛ لأنه يستعمل حقا قرره له الشارع .

لكن يحدث أن تتملك الرعونة ولى الدم فيقتص قبل الحكم على الجانى أو بعد الحكم وقبل ميعاد التنفيذ ، كذلك يحدث أن يعفو ولى الدم عن القصاص تحت بعض المؤثرات ثم يعود فيرى القصاص خيرا له فيقتص بعد العفو ، وقد يعفو بعض الأولياء بينما يقتص البعض الآخر ، وقد يسارع بعض الأولياء بالقصاص قبل أخذ رأى الباقين وفيهم من يرى العفو ، فهل يعتبر مباشر القصاص فى هذه الحالات مستعملا حقا أم مرتكبا لجريمة ؟ وهل يعفى من العقوبة أم يؤاخذ على فعله ؟ ذلك ماسنبينه فيما يلى مبتدئين أولا بحكم هذه

الحالات فى القتل ذاكرين بعد ذلك حكمها فيما دون القتل .

٣٨٢ - أولا : حكم قتل الجانى : -

(ا) القتل قبل الحكم أو قبل موعد التنفيذ : - إذا قتل ولى الدم الجانى المستحق للقتل قصاصا ، فسواء قتله قبل الحكم أو بعده وقبل ميعاد التنفيذ فلا عقوبة عليه للقتل ؛ لأنه أتى فعلا مباحا له ومارس حقا قرره له الشارع ، ولكنه يعاقب على تسرعه وممارسته حقه قبل حلول الوقت المناسب ، وعلى افتياته على السلطات العامة التى جعلت لممارسة حق القصاص وقتا معينا ، وللسلطات العامة أن تعاقبه على هذا الافتيات بالعقوبة التعزيرية التى تراها مناسبة[1] .

و يشترط فى حالة القتل قبل صدور الحكم بالقصاص أن يثبت القتل على الجانى ، فإن لم يثبت اعتبر ولى الدم قاتلا متعمدا

وظاهر مما سبق أنه لافرق بين القتل قبل الحكم أو بعده ما دامت الجريمة ثابتة على الجانى ، وعلة ذلك أن حق ولى الدم فى القصاص يتولد بمجرد ارتكاب جريمة القتل ، لامن وقت الحكم بالقصاص . فولى الدم حين يقتل الجانى قبل الحكم عليه إنما يستعمل حقه فى القصاص الذى ثبت له من وقت ارتكاب الجانى جريمة القتل .

والمفروض فى المسألة أن ولى الدم واحد ، أو أنهم متفقون إذا كانوا متعددين على قتل الجانى . أو ليس فيهم من يرى العفو عنه .

(ب) القتل بعد العفو : — يرى أبو حنيفة والشافعى وأحمد أن عفو بعض الأولياء أو كلهم يسقط القصاص ؛ لأن القصاص لايتجزأ فإذا عفا أحدهم أو بعضهم فقد عفا عن بعض القصاص ولا يمكن إحياء بعض الشخص وقتل بعضه . وعلى هذا إذا قتل الجانى من لم يعف من الأولياء وهو عالم بعفو غيره فقد ارتكب

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣٣ - شرح البهجة ج ٥ ص ٣ .

جريمة قتل عقوبتها القصاص عند أبى حنيفة وأحمد ، أما الشافعى فيفرق بين حالتين : أولاهما حالة ما إذا كان القتل بعد أن أقر القضاء العفو وحكم بسقوط القود . وفى هذه الحالة يرى وجوب القصاص . وثانيتهما: إذا كان القتل قبل أن يحكم بسقوط القود ، وحكم هذه الحالة هو حكم القتل قبل استئذان بقية الأولياء يرى فيها البعض القصاص ويرى فيها البعض الدية(١) .

فإذا قتل ولى الدم الجانى بعد العفو وكان لا يعلم بالعفو فهو مسئول عن القتل ، ولكن جهله بالعفو يدرأ عنه القصاص ، وتكون العقوبة الدية فى رأى أبى حنيفة وأحمد ، وفى مذهب الشافعى رأيان : رأى يقول بالقصاص ، ورأى يقول بالدية ، وحجة القائلين بالقصاص أن حق القصاص يسقط بالعفو فكان عليه أن يتأكد من بقاء حقه قبل استعماله ، وحجة القائلين بالدية أن حق ولى الدم ثابت فى القصاص، والأصل بقاؤه،فإن قتله وهو يعلم بالعفو معتقدا بقاء حقه فى القصاص فإن ذلك يكون شبهة تدرأ الحد .

أما مالك فيرى أن العفو لا يتجزأ،وأن العفو لا يعتبر موجودا إلا إذا كان من كل أولياء الدم المستحقين للقصاص ، فإن عفا أحدهم فإن عفوه لا يسقط حق الآخرين فى القصاص،فإذا اقتص أحدهم بعد عفو غيره من الأولياء الباقين فلا مسئولية عليه ؛ لأن عفو هؤلاء غير معتبر ولا أثر له على حق القصاص ، ولكن هذا لا يمنع من تعزير المقتص إذا كان فى عمله افتيات على السلطات العامة(٢) .

(ح) القتل قبل استئذان باقى الأولياء: إذا قتل الجانى أحد الأولياء أو بعضهم قبل استئذان باقى الأولياء ، فالولى أو الأولياء القائلون مسئولون جنائيا عن القتل ، وهذا متفق عليه بين الفقهاء عدا مالك وإن كانوا قد اختلفوا فى عقوبة

---

(١) بدائع الصنائع ج٧ص ٢٤٨ — تحفة المحتاج ج ٤ص٢٦ — المهذب ج٢ص١٩٧ المغنى ج ٩ ص ٤٦٥ ، ٤٦٦ .

(٢) المغنى ج ٩ ص ٤٦٦ .

الولى القاتل ، فأبوحنيفة وأحمد لايريان الاقتصاص من القاتل ؛ لأن من حقه أن يتلف بعض القتيل فكان هذا شبهة تدرأ القصاص وتوجب الدية بدلا منه ، ويتفق هذا الرأى مع الرأى الراجح فى مذهب الشافعى ، أما الرأى المرجوح فى مذهب الشافعى ، فيرى أصحابه أن يقتص من الولى ؛ لأن بعض القاتل غير مستحق له ، قياساً على ما إذا اشترك جماعة فى قتل واحد فإن الشريك لا يقتل إلا ببعض المقتول ومع ذلك يقتص منه ، ويرد أصحاب الرأى المضاد بأن هذا القياس غير صحيح ؛ لأن الشريك لايقتص منه لإتلاف بعض المقتول وإنما لأنه أتلفه كله ، ويرى البعض القصاص من الولى ؛ لأنه أتلف كل القاتل وهولايستحق منه شيئا إذ لايستحق بعضه إلا إذا أصبح كله مستحقاً بموافقة بقية الأولياء ، فإذا لم يوافق أحد الأولياء فقد امتنع استحقاق كل القاتل أو بعضه ؛ لأن القصاص لايتجزأ فمن قتل القاتل فقد أتلفه كله دون أن يستحق فيه شيئاً ؛ لأن عدم الإذن منع من استحقاق كله ، ومن لايستحق كله لايستحق بعضه[1] .

أما مالك فلا يرى عقوبة القاتل أصلا ؛ لأنه فعل حقه وحقه القصاص[2] وأساس رأى الفقهاء الثلاثة أن استئذان بقية الأولياء ضرورى ؛ لأن أحدهم قد يعفو ، أما رأى مالك فأساسه أن عفو البعض دون البعض لايسقط القصاص وأن القصاص لايسقط إلا بعفو كل الأولياء المستحقين للقصاص ، ولهذا كان القاتل مستعملا حقه فى القصاص .

(د) القتل من العافى : ــ إذا كان القاتل هو نفس العافى فهو مسئول عن

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٣ ــ المهذب ج ٢ ص ١٩٧ ــ الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٦ و ٣٨٧ .

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٢

فعله ، ويعتبر قاتلا عمداً باتفاق[١] وعقوبته القصاص سواء عفا مجاناً أو على مال[٢] لأن الجانى بالعفو عنه صار معصوم الدم .

(هـ) إتلاف جوارح القاتل : وإذا أتلف ولى الدم جارحة أو عضواً من الجانى ثم عفا عنه ولم يقتله مثل أن يقطع أطرافه أو بعضها فعليه دية ما أتلف فى رأى أبى حنيفة وأحمد ؛ لأنه قطع طرفاً له قيمة حال القطع بغير حق ؛ ولأنه كما يقول أبو حنيفة استوفى غير حقه فهو مسئول عما استوفاه بغير حق ؛ لأن حقه فى القتل لافى القطع ، وكان القياس أن يقتص منه إلا أن القصاص درىء للشبهة « شبهة أن له تلف الطرف تبعاً للنفس » وإذا درىء القصاص وجبت الدية . ولكن حقه فى الطرف لا يثبت إلا مع ثبوت القتل ضرورة ، وهذه الضرورة تتحقق عند التنفيذ بالقتل لاقبل ذلك ، فإذا قتل ظهر حقه فى الأطراف تبعاً ، وإن لم يقتل لم يظهر حقه فى الطرف لا أصلا ولا تبعاً ، ومن هذا يتبين أنه استوفى غير حقه[٣] .

ويرى الشافعى ومعه أبو يوسف ومحمد من فقهاء المذهب الحنفى أن من يتلف جارحة أو عضواً من الجانى لايسأل جنائياً إذا عفا عن القتل ، ويعزر إذا لم يعف عن القتل عقوبة له على أنه مثل به قبل قتله ، وحجتهم فى عدم المسئولية فى حالة العفو أنه قطع طرفا أو أطرافا من جملة استحق إتلافها ، ومن له إتلاف الكل لايصح أن يؤاخذ على إتلاف البعض[٤] .

ويرى مالك مسئولية الولى إذا أتلف جارحة أو قطع عضواً من الجانى

---

(١) المقصود بالاتفاق اتفاق الأئمة الأربعة ولكن هناك من يرى غير رأيهم فالحسن يرى أن تؤخذ من القاتل الدية وعمر بن عبد العزيز يرى تعزير القاتل .

(٢) بدائع الصنائع جـ٧ ص ٢٤٧ ــ حاشية الطهطاوى جـ ٤ ص ٢٥٨ ــ المهذب جـ ٢ ص ١٩٧ ــ نهاية المحتاج جـ٧ ص٢٨٦ ــ المغنى جـ ٩ ص٤٦١ ــ الشرح الكبير جـ ٩ص٣٩١ .

(٣) المغنى جـ ٩ ص ٣٩١ ــ البحر الرائق جـ ٨ ص ٣١٩ ، ٣٢٠ .

(٤) المهذب جـ ٢ ص ٢٠٢ ــ بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٠٤ .

سواء عفا عن القتل أو لم يعف ، وعليه في ذلك القصاص ؛ لأن الجانى يستفاد له ومنه وتعقل جراحاته ما لم يقتل[١] .

٣٨٣ - (ثانياً) حكم ما دون القتل :

إذا وجب على الجانى قصاص متلف فيما دون النفس كقطع إصبع أو يد أو أذن كان الجانى غير معصوم بالنسبة لمستحق القصاص فى حدود ما يستحقه فقط ، فليس لمستحق القصاص أن يقطع غير العضو المماثل ، فإن فعل فهو قاطع عمداً ، وإن قطع العضو المماثل فلا يسأل عن القطع وإنما يسأل عن افتياته على السلطات العامة وتعجله بالقصاص . أما لوكان القاطع أجنبياً فهو مسئول عن القطع ؛ لأن الجانى معصوم فى حقه ولم يهدر إلا للمجنى عليه أو وليه .

وإذا قطع المستحق طرفا من الجانى فى الوقت المعين للقصاص أو قبله فسرى القطع إلى النفس ومات الجانى منه فلا يسأل المستحق عن الموت ؛ لأنه نشأ عن فعل مباح هو استعمال حق القصاص وهذا هو رأى الشافعى وأحمد وأبى يوسف ومحمد من فقهاء المذهب الحنفى ، وحجتهم أن الموت نشأ عن فعل مأذون فيه ولا يعتبر جريمة وما تولد عن مباح فهو مباح ، فضلا عن أن تنفيذ العقوبة ضرورة لا بد منها ، فلو حمل منفذ العقوبة النتائج التى تتولد عن فعله لتعطل تنفيذ العقوبات أما أبو حنيفة فيرى أن المستحق يسأل عن الموت باعتباره قاتلا شبه متعمد ، وحجته أن الفعل المأذون فيه هو القطع وهو حقه ولكنه استوفى أكثر من حقه وجاء بالقتل فعليه مسئوليته[٢] .

أما مالك فهو وإن كان يرى منع المستحق من أن يقتص فى الأطراف لنفسه إلا أنه يمنعه للمصلحة العامة ، مع التسليم بأنه صاحب حق فى القصاص

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٥ — المدونة ج ١٦ ص ٢٢٢ — المغنى ج ٩ ص ٣٩١

(٢) المغنى ج ٩ ص ٤٤٣ — المهذب ج ٢ ص ٢٠٠ — تحفة المحتاج ج ٤ ص ٢٧ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٥ .

والمبدأ العام عند مالك أن سراية القود غير مضمونة أى : لا يترتب عليها مسئولية جنائية ، وعلى هذا فإذا اقتص شخص لنفسه فى طرف فسرى إلى النفس فلا مسئولية عليه عن السراية ولكنه مسئول لافتياته على السلطات العامة[1] .

وما ذكرناه عن أحكام العفو فى القتل وحالاته المختلفة ينطبق على العفو عن القصاص فيما دون النفس وليس ثمة ما يدعو لتكراره هنا .

٣٨٤ - (سابعاً) السارق : كل من ارتكب سرقة يجب فيها القطع يعتبر غير معصوم بالنسبة للعضو الذى يجب قطعه ، أما ماعدا ذلك من الأعضاء فتظل على عصمتها ، وعلة الإهدار أن القطع عقوبة متلفة وهى حد يجب أن يقام وليس فيه عفو ولا تخيير ، ولهذا كان القطع واجباً لاحقاً ، وهو واجب على كل فرد وإن تكفلت السلطات العامة بإقامته ، ولا يسقط هذا الواجب إلا بأدائه فعلا .

ويترتب على ماسبق أنه لوعدا إنسان على السارق فقطع يده أو رجله التى يجب قطعها فإنه لا يعاقب على القطع ؛ لأنه قطع عضواً غير معصوم وأدى واجباً تفرضه الشريعة عليه ، فإذا كانت السلطات العامة قد تكفلت بأداء هذا الواجب فيعاقب القاطع لافتياته على السلطات العامة ، ولكنه لا يعاقب على القطع فى ذاته ، ولكن لا يجوز للسلطات العامة أن تعاقب القاطع باعتباره مفتاتاً إلا إذا كانت قائمة بأداء الواجب[2] .

وإذا كان القطع قبل ثبوت السرقة فلا يسأل القاطع عن القطع إذا أثبت السرقة بعد ذلك ، أما إذا لم تثبت السرقة فهو مسئول عن القطع[3] .

---

(١) بداية المجتهد ج ٣ ص٣٤٢ - المغنى ج ٩ص٤٤٣-مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٣ .
(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢١ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٥٤ .
(٣) المغنى ج ١٠ ص ٢٦٩ ، ٢٧٠ - البحر الرائق ج ٥ ص ٦٢ .

وإذا سرى القطع إلى النفس فمات السارق فلا يسأل القاطع عن الموت إلا إذا كان مسئولا عن القطع ، فإن كان مسئولا عن القطع فهو مسئول عن قتله عمداً وإن لم يكن فلا مسئولية ؛ لأن الموت تولد عن قطع واجب والواجب لا يتقيد بشرط السلامة .

والفرق بين هذه الحالة وحالة القصاص عند أبي حنيفة أن القصاص حق للمقتص وليس واجباً عليه ، وهو مخير في حقه إن شاء عفا وإن شاء اقتص ، بل هو مندوب إلى العفو فضلا عن أن استعمال الحق عند أبي حنيفة مقيد بشرط السلامة . أما القطع للسرقة فواجب ؛ لأنه حد وإقامة الحد واجبة على كل فرد ولو أن نائب الجماعة مخصص بإقامتها فضلا عن أن الضرورة تقتضي التسامح فيما ينشأ عن تنفيذ الحد حتى لا تتعطل إقامة الحدود[1]

ويشترط الشافعية في القاطع أن لا يكون مهدراً تطبيقاً لقاعدتهم الخاصة وهي أن غير المعصوم معصوم على أنداده ، وهي قاعدة لا يطبقها إلا الشافعيون ويرى بعض الشافعية أن السارق معصوم إلا على المجني عليه في السرقة ، ويعتبرون القطع حقاً للمجني عليه وهو رأي مرجوح[2] .

الفرع السادس

في حقوق الحكام وواجباتهم[3]

٣٨٥ - واجبات الحكام : تضع الشريعة واجبات على عاتق السلطات العامة وتلزمها بأدائها لصالح الجماعة ، ويقوم بتنفيذ هذه الواجبات الموظفون

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٥ - البحر الرائق ج ٨ ص ٣١٩ .

(٢) شرح البهجة ج ٥ ص ٣ .

(٣) للحكام بصفتهم أفراداً كل حقوق الأفراد وعليهم كل الواجبات التي سبق بيانها ، ولكنهم بصفتهم حكاما لهم حقوق وعليهم واجبات من نوع آخر ، وقد خصصنا هذا المبحث لهذه الحقوق التي يتميز بها الحكام وتلك الواجبات التي يحملونها .

العموميون على اختلاف درجاتهم كل فيما يختص به . فإذا أدى الموظف واجبه فلا يسأل عنه جنائياً ولو كان الفعل الذى قام به مما تحرمه الشريعة بصفة عامة ، فالقتل مثلا محرم على الكافة ولكنه مباح إذا كان عقوبة ؛ لأن العقوبة ليست عدواناً ؛ ولأن من واجب القاضى أن يحكم بها ومن واجب الهيئة التنفيذية أن تنفذها ، والحكم بعقوبة الجلد وتنفيذها من واجبات الموظفين ، ولامسئولية على قاض أو منفذ ولو أن الضرب محرم أصلا ؛ لأن الحكم واجب على القاضى والتنفيذ واجب على المنفذ ولا خيار لأحدهما فيما يجب عليه .

والقاعدة فى الشريعة الإسلامية أن الموظف لا يسأل جنائياً إذا أدى عمله طبقاً للحدود المرسومة لهذا العمل . أما إذا تعدى هذه الحدود فهو مسئول جنائياً عن عمله إذا كان يعلم أن لاحق له فيه ، أما إذا حسنت نيته فأتى العمل وهو يعتقد أن من واجبه إتيانه فلا مسئولية عليه من الناحية الجنائية .

ومن تطبيقات هذه القاعدة إقامة الحدود ، فلاخلاف بين الفقهاء فى أن إقامة الحدود واجبة ، وأن سائر الحدود إذا أتى بها على الوجه المشروع من غير زيادة فلا مسئولية على مقيمها عما تؤدى إليه من تلف ؛ لأن الواجب لا يتقيد بشرط السلامة؛ ولأنه لابد للمكلف بالواجب من إتيانه ، فمن أقام حد الزنا على محصن فضربه مائة جلدة بطريقة مشروعة فلامسئولية على الضارب إذا أدى الضرب إلى الموت ، فإذا تعمد الزيادة عن المائة أو أخطأ فزاد على المائة فأدى الضرب إلى الموت فهو مسئول جنائياً فى الحالين ، وهو مسئول عن الزيادة فى الحالين ولو لم يؤد الضرب للموت . وإذا أمر الإمام مقيم الحد أن يضرب أكثر من مائة وكان مقيم الحد يعتقد طاعة الإمام ويجهل تحريم الزيادة فلا مسئولية عليه وإنما المسئولية على الإمام ، فإذا كان عالما بالتحريم فهو مسئول ولا يعفيه الأمر من المسئولية .

ومن تطبيقات هذه القاعدة أن الإمام يقتص منه فى كل ما تعمده من

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ٣٣٤ – شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٧ ، ٢١٨ ، ٢٥١ – أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٣ .

جور لجار به على الناس ، فإذا قتل إنسانا قتل به ، وإذا قطع إنساناً قطع به سواء باشر الفعل كأن ضربه بسيف أو تسبب فيه كأن حكم عليه ظلماً بالقتل أو القطع(١) .

وكما يسأل الإمام عن عمده يسأل عن خطئه ، لكنهم اختلفوا فى ضمان الخطأ ، فرأى البعض أن الضمان على الإمام وعاقلته ؛ لأنه ضمان وجب بخطئه فمسئوليته عنه كمسئولية أى مخطىء . ورأى البعض أن ضمان الخطأ فى بيت المال لأن خطأ الإمام يكثر فلو وجب الضمان فى ماله ومال عاقلته لأجحف بهم فضلا عن أن الحاكم يعمل للجماعة وليس لنفسه(٢) .

ويطبق مالك وأبو حنيفة وأحمد القاعدة السابقة فى التعازير ، فيرون أن لا عقوبة ولا ضمان على حاكم عزر إنساناً إذا أدت العقوبة التعزيرية إلى موت المحكوم عليه ، سواء كانت العقوبة فى ذاتها مهلكة كعقوبة الإعدام ، أو كانت غير مهلكة كالجلد ولكن تنفيذها أدى لموت المحكوم عليه ، ورأى هؤلاء الفقهاء قائم على أن فعل المحكوم عليه استوجب الحكم بالعقوبة وتنفيذها عليه ، وأن التعزير واجب لحفظ سلامة الأفراد وصيانة نظام الجماعة والواجب غير مقيد بشرط السلامة إذا أداه المكلف به فى حدوده المشروعة ولم يتعمد الزيادة عليه ولم يحدث منه خطأ فى أدائه(٣) .

أما الشافعى فيرى أن يضمن الإمام دية المحكوم عليه إذا عزره فمات أو كانت العقوبة التعزير هى الموت ؛ لأن من حق الإمام العفو عن الجريمة والعفو

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٠ ، ١٦١ – المذهب ج ٢ ص ١٨٩ – الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٤٢ ، ٣٤٣ – مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٢ – المدونة ج ١٦ ص ٥٧ – الأم ج ٦ ص ١٧٠ ، ١٧١ .

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٣٣٤، ٣٣٥ – المهذب ج٢ ص٢٢٨ – الأم ج ٦ ص١٧٠، ١٧١

(٣) المغنى ج ١٠ ص ٣٤٩ – شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٦ – شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٢ ، ٢١٣ .

عن العقوبة كما أن من حقه اختيار العقوبة الملائمة للجريمة والمجرم ، والتعزير بعد هذا مقصود به التأديب لا الهلاك فكان مشروطاً بسلامة العاقبة فإذا عاقب الإمام بعقوبة متلفة أو بعقوبة أدت للتلف فعلا فهو مسئول عن ضمان الجانى .

ويدخل فى التعزير عند الشافعى حد الخمر إذا زاد على أربعين جلدة ، فإذا ضرب شارب الخمر أكثر من أربعين فأدى ذلك لموته كان الإمام مسئولا ؛ لأن ما زاد على الأربعين تعزير مشروط بسلامة العاقبة .

ويحتج الشافعى فى ترتيب المسئولية على الإمام عن التعزير المتلف أو المؤدى للتلف بأن عليا ـ رضى الله عنه ـ قال : ليس أحد أقيم عليه الحد فيموت فأجد فى نفسى شيئاً أن الحد قتله إلا حد الخمر فإن رسول الله لم يسنه لنا . كما يحتج بأن عليا أشار على عمر بضمان امرأة استدعاها عمر ففزعت وألقت جنينها حين أرسل إليها وقد عمل عمر بمشورته ، ويحتج أيضاً بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم ير التعزير واجباً فى كل حال ، وأنه عفا عن الجريمة وعفا عن العقوبة فى جرائم التعزير[1] .

ورأى الأئمة الثلاثة يتفق مع المبدأ الذى تسير عليه القوانين الوضعية الحديثة على خلاف رأى الشافعى ، ولكن رأى الشافعى يؤدى إلى مبدأ اجتماعى صالح إذ يعوض ورثة المحكوم عليه عن موت عائلهم الذى يموت فى أغلب الأحوال من عقوبة لم يقصد منها موته ، ولاشك أن مثل هذا التعويض يساعد على حماية أسرة المحكوم عليه وتنشئة أولاده تنشئة حسنة

٣٨٦ ـ حقوق الحكام : ـ للحكام فى الشريعة كل ما للأفراد من الحقوق ولكن لهم فوق ذلك حق الأمر على الأفراد ، واستعمال هذا الحق يؤدى إلى ترتيب واجب على الأفراد هو واجب الطاعة ، وقد قرر القرآن هذا الحق

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٣ ـ شرح البهجة ج ٥ ص ١٠٨ ـ المهذب ج ٢ ص ٢٢٨

وذاك الواجب فى قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم ، فإن تنازعتم فى شىء فردوه إلى الله والرسول ﴾ [النساء : ٥٩]

وحق الأمر وواجب الطاعة كلاهما مقيد غير مطلق ، فليس لآمر أن يأمر بما يخالف الشريعة ، وليس لمأمور أن يطيع فيما يخالف الشريعة سواء كان موظفاً أو غير موظف . وذلك ظاهر من قوله تعالى ﴿ فإن تنازعتم فى شىء فردوه إلى الله والرسول ﴾ ومن قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق » وقوله : « من أمركم من الولاة بغير طاعة الله فلا تطيعوه » .

فأمر الحاكم فى التشريعة لايخلى المأمور من المسئولية ولو كان المأمور موظفاً. وإذا أمر الرئيس مرءوسه بعمل مخالف للشريعة فأتاه وهو عالم بأنه غير مباح له كان على المرءوس عقوبة الفعل الذى أتاه ، لأن أمر الرئيس فى هذه الحالة يعتبر أمراً غير ملزم لا تجب طاعته ، لأنه صدر فيما لا سلطان للرئيس فيه ، وليس للمرءوس أن ينفذه فإن نفذه حمل مسئوليته .

وإذا كان الفعل محرماً ولكن المأمور لا يعلم بذلك ونفذه طاعة للآمر معتقداً أنه غير محرم فلا مسئولية على المأمور لحسن نيته بشرط أن يكون الفعل داخلا فى اختصاص الآمر ، إذ من الواجب على المأمور أن يطيع رئيسه فيما ليس بمعصية[1] .

وإذا أكره الرئيس المرءوس على قتل أحد أو جلده بغير حق فمات فكلاهما مسئول جنائياً عن الفعل ، ولا يعفى الإكراه المرءوس من المسئولية ولو كان الإكراه ملجئاً ، إذ الأصل فى الشريعة أن الإكراه على القتل لا يعفى المكره من العقوبة . وإذا كان الإكراه الملجىء لا يعفى من العقوبة فالإكراه الأدبى لا يعفى منها من باب أولى . والواقع أن الشريعة لا ترى فى مركز الرئيس من المرءوس ما يحمل الأخير على إطاعة أمر مخالف للشريعة .

(١) الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٤٢ ، ٣٤٣ – أسنى المطالب ج ٤ ص ٧ وما بعدها – شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠

وإذا كان الآمر يعتقد حل الفعل الذى أمر به وكان المأمور لا يعتقد حله ثم نفذه بالرغم من ذلك فإن عليه المسئولية دون الآمر .

ولا فرق فيما سبق بين أن يكون المأمور جندياً أو غير جندى فصفة المأمور لاتحل له ارتكاب فعل محرم وصفة الآمر لاتبيح له أن يأمر بما ليس من حقه .

٣٨٧ - بين الشريعة والقانون : وحكم الشريعة فى حق الآمر وواجب الطاعة يتفق مع أحدث النظريات فى القوانين الوضعية إلا فيما تراه هذه القوانين من تفرقة بين حالة الجندى وغير الجندى ، فإنها لاتسمح للجندى بمخالفة أوامر رؤسائه فيما هو ظاهر أنه من اختصاصهم ، بينما تسمح لغير الجندى بمخالفة أمر رئيسه إذا رأى أن الأمر مخالف للقانون . والشريعة لا تقبل هذه التفرقة ؛ لأنها تحرم تحريماً قاطعاً طاعة الرئيس فيما هو معصية سواء كان المرءوس جندياً أو غير جندى ، ولا شك أن الشريعة تتفوق على القوانين فى هذه الناحية لأنها تشجع المرءوس على قول الحق ، وعلى سلوك السبيل السوى ، وتجعل الرئيس فى حالة عجز عن مخالفة التشريع ؛ لأنه لايجد من ينفذ أمره ، وفى ذلك خير ضمان للمحكومين والحاكمين على السواء .

المبحث الثانى

أسباب رفع العقوبة

٣٨٨ - ما يرفع العقوبة : ترفع العقوبة عن الفاعل فى أربع حالات هى: (١) الإكراه (٢) السكر (٣) الجنون (٤) صغر السن .

وفى كل حالة من هذه الحالات يرتكب الفاعل فعلا يحرمه الشارع ويعاقب عليه ، ولكن الشارع يعفيه من العقاب لحالة قائمة فيه لا فى فعله ، فأساس

الإعفاء من العقوبة صفة قائمة فى شخص الفاعل . بعكس الأمر فى أسباب الإباحة فإن الإباحة أساسها وجود صفة فى الفعل لا تجعله محرماً ، وعلى هذا نستطيع أن نميز بين أسباب الإعفاء من العقوبة و بين أسباب الإباحة بأن الإعفاء يرجع لصفة فى الفاعل وأن الإباحة ترجع لصفة فى الفعل .

وسنخصص فيما يأتى مبحثاً لكل حالة من حالات رفع العقوبة .

الفرع الأول

فى الإكراه

٣٨٩ - تعريف الإكراه : - يعرف بعض الفقهاء الإكراه بأنه فعل يفعله الإنسان بغيره فيزول رضاه أو يفسد اختياره . و بأنه فعل يوجد من المكره يحدث فى المحل أى المكره معنى يصير به مدفوعاً إلى الفعل الذى طلب منه . و بأنه عبارة عن تهديد الغير على ماهدد بمكروه على أمر بحيث ينتفى به الرضاء[١] . ويعرفه البعض بأن مايفعل بالإنسان مما يضره أو يؤلمه[٢] . و يرى البعض أن حد الإكراه هو أن يهدد المكره قادر على الإكراه بعاجل من أنواع العقاب يؤثر العاقل لأجله الإقدام على ما أكره عليه وغلب على ظنه أنه يفعل به ما هدد به إذا امتنع مما أكرهه عليه[٣] .

٣٩٠ - أنواع الإكراه : - الإكراه نوعان : نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار ، وهو ما خيف فيه تلف النفس ويسمى إكراهاً تاماً أو إكراهاً ملجئاً ، ونوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار ، وهو ما لا يخاف فيه

---

(١) البحر الرائق جـ ٨ ص ١٧٩ .

(٢) مواهب الجليل جـ ٤ ص ٤٥ .

(٣) أسنى المطالب وحاشية الشهاب الرملى جـ ٣ ص ٢٨٢ .

التلف عادة كالحبس والقيد لمـدة قصيرة ، والضرب الذى لا يخشى منه التلف ويسمى إكراهاً ناقصاً أو إكراهاً غير ملجىء[١] .

والإكراه الناقص لا يؤثر إلا على التصرفات التى تحتاج إلى الرضاء كالبيع والإجارة والإقرار فلا تأثير له على الجرائم .

أما الإكراه التام فيؤثر فيما يقتضى الرضا والاختيار معاً كارتكاب الجرائم ، فمن أكره على جريمة زنا مثلا ينبغى أن يكون الإكراه الواقع عليه بحيث يعدم رضاه ويفسد اختياره ، والإكراه التام هو الذى سنتكلم عنه .

ويرى بعض الفقهاء فى مذهب أحمد ورأيهم مرجوح أن الإكراه يقتضى شيئاً من العذاب مثل الضرب والخنق وعصر الساق وما أشبه ، وأن التوعد بالعذاب لا يكون كرها ، ويستدلون على ذلك بقصة عمار بن ياسر حين أخذه الكفار فأرادوه على الشرك بالله فأبى عليهم ، فلما غطوه فى الماء حتى كادت روحه تزهق أجابهم ما طلبوا فانتهى إليه النبى صلى الله عليه وسلم وهو يبكى فجعل يمسح الدموع من عينه ويقول : « أخذك المشركون فغطوك فى الماء وأمروك أن تشرك بالله ففعلت ، فإن أخذوك مرة أخرى فافعل ذلك بهم » ويستدلون أيضا بما قاله عمر رضى الله عنه : ليس الرجل أميناً على نفسه إذا أجعته أو ضربته أو أوثقته . فهؤلاء الفقهاء يرون أن الإكراه يستلزم فعلاً مادياً يقع على المكره فيحمله على إتيان ما أكره عليه ، فإن لم يكن الإكراه مادياً وسابقاً على الفعل الذى يأتيه المكره فلا يعتبر الفاعل مكرهاً فى رأيهم[٢] .

ويرى أصحاب الرأى الراجح فى مذهب أحمد ما يراه مالك وأبو حنيفة والشافعى ، فيرون أن الوعيد بمفرده إكراه ، وأن الإكراه لا يكون غالباً إلا بالوعيد بالتعذيب أو بالقتل أو بالضرب أو بغير ذلك ، أما مامضى من العقوبة

---

(١) البحر الرائق جـ ٣ ص ٨٠ .

(٢) المغنى جـ ٨ ص ٢٦٠ — الشرح الكبير جـ ٨ ص ٢٤٠ .

فإنه لا يندفع بفعل ما أكره عليه ، ولا يخشى منه شيئاً بعد وقوعه ، إنما الخشية والخوف مما يهدد به ، فإذا وقع الفعل المهدد به انتهت الخشية وذهب الخوف فالذى يندفع إذن بإتيان الفعل المكره عليه هو ما يتوعد به من العقوبة أو التعذيب وليس ما وقع فعلا[1]

وعلى هذا فالإكراه يصح أن يكون مادياً ، ويصح أن يكون معنوياً ، فالإكراه المادى هو ما كان التهديد والوعيدفيه واقعاً ، أما الإكراه المعنوى فهو ما كان الوعيد والتهديد فيه منتظر الوقوع .

٣٩١ ـ شروط الإكراه : يشترط لوجود الإكراه توفرالشروط الآتية، فإن لم تتوفر فلا يعتبر الإكراه قائماً ولا يعتبر الفاعل مكرهاً :

أولا : ـ أن يكون الوعيد ملجئاً ـ أى ممايستضر به ضرراً كبيراً ـ بحيث يعدم الرضاء كالقتل والضرب الشديد والقيد والحبس الطويلين وتقدير الوعيد الذى يستضر به مسألة موضوعية تختلفباختلاف الأشخاص والأسباب المكره عليها، فقد يكون الشىء إكراهاًفى حق شخص دون آخر وفى سبب دون آخر، فبعض الأشخاص قدلايتضرر من الضرب عدة أسواط والبعض قديتضرر من ضربة سوط واحدة ، والبعض قديرحب بمكثه فى السجنأمداً طويلا ، والبعض قديضار ببقائه فى السجنليلة واحدة ، والتهديد بالضرب والحبس والقتل لايعتبر إكراهاً فى جريمة القتل ، ولكنه يعتبر إكراهاً فى جريمة الشرب أو السرقة ، والضرب اليسير فى حق من يبالى به ليس إكراهاً ، ولكنه يعتبر إكراهاً فى حق ذوى المروءات إن وقع على وجه يكون إخراقاً بصاحبه وعضالة وشهرة فى حقه .

---

(١) المغنى ج ٨ ص ٢٦١ ـ البحر الرائق ج ٨ ص٨٠ ـ أسنى المطالب ج٣ ص٢٨٢، ٢٨٣ ـ مواهب الجليل ج ٣ ص ٤٥ ، ٤٦ .

والتهديد بالشتم والسب والقذف ليس إكراهاً باتفاق(١).

وأمر صاحب السلطان يعتبر فى ذاته إكراهاً دون حاجة إلى اقترانه بالوعيد أوالتهديد إذا كان المفهوم أن جزاء المخالفة هو القتل أو الضرب الشديد أوالحبس والقيد الطويلين. وأمر من لا سلطان له لا يعتبر إكراهاً إلا إذا كان المأمور يعلم أنه إن لم يطع وقعت عليه وسائل الإكراه أو كان الآمر قداعتاد إيقاع هذه الوسائل على من يخالف أمره(٢).

وأمر الزوج لزوجته فى حكم أمر السلطان إن كانت تخشى أن تقع عليها وسائل الإكراه عند عدم الطاعة، فإن أطاعت وهى لا تخشى شيئاً من هـــذا فلا يعتبر الأمر إكراهاً(٣).

ويعتبر الوعيد إكراهاً إذا وجه لنفس المكره وهذا متفق عليه، فإذا وجه لغيره فهناك اختلاف، فيرى المالكية أن الوعيد إكراه ولو وقع على أجنبى(٤) ويرى بعض الحنفية أن الوعيد ليس إكراهاً إذا وقع على غير المكره ولكن بعضهم يرى أنه إكراه إذا وقع على الولد أو الوالد أو على ذى رحم محرم وهذا يتفق مع رأى الشافعية(٥)، ويرى الحنابلة أن الوعيد إكراه إذا وقع على الإبن أو الأب(٦).

والوعيد بإتلاف المال إكراه عند مالك والشافعى وأحمد إذا لم يكن المال يسيراً فإن كان المال يسيراً فلا إكراه، وتقدير ما إذا كان المال يسيراً أو غير

---

(١) المغنى جـ ٨ ص ٢٦١ ــ مواهب الجليل جـ ٤ ص ٤٥.
(٢) حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ١١٢.
(٣) حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ١٢٠.
(٤) مواهب الجليل جـ ٤ ص ٤٥.
(٥) حاشية ابن عابدين جـ٥ ص ١١٠ ــ أسنى المطالب وحاشية الشهاب الرملى جـ٣ ص ٢٨٣
(٦) الإقناع جـ ٤ ص ٤.

يسير يرجع فيه إلى الشخص نفسه ومقدار ثروته ، فقد يكون المال يسيراً بالنسبة لشخص وغير يسير بالنسبة لآخر [١] .

والأصل فى مذهب أبى حنيفة أن الوعيد بإتلاف المال ليس إكراهاً ولو كان إتلاف المال يلحق ضرراً جسيما بصاحبه ؛ لأن محل الإكراه الأشخاص لا الأموال ، ولكن بعض فقهاء الحنفية يرى الوعيد بإتلاف المال إكراهاً ، وأصحاب هذا الرأى يختلفون فيما بينهم فيشترط بعضهم أن يكون الوعيد بإتلاف كل المال ليكون إكراهاً ، والبعض لا يشترط إتلاف كل المال ويكفى عندهم لاعتبار الإكراه قائماً أن يكون الوعيد بإتلاف جزء من المال يستضر بإتلافه ضرراً كبيراً [٢] .

ويجب أن يكون الوعيد بفعل محذور أى غير مشروع فإن كان الفعل المهدد به مشروعاً فلا يعتبر الفاعل مكرهاً ، فمن كان محكوماً عليه بالجلد أو الحبس وهدد بتنفيذ العقوبة عليه إن لم يرتكب جريمة فارتكبها فعليه عقوبتها ولا يعتبر أنه كان فى حالة إكراه ؛ لأن الفعل الذى هدد به مشروع فلا يعتبر أن التهديد هو الذى حمله على الفعل بل يعتبر أنه قد أتى الفعل بمحض رغبته [٣] .

ثانياً — أن يكون الوعيد بأمر حال [٤] يوشك أن يقع إن لم يستجب المكره فإن كان الوعيد بأمر غير حال فليس ثمة إكراه ، لأن المكره لديه من الوقت ما يسمح له بحماية نفسه ولأنه ليس فى الوعيد غير الحال ما يحمله على المسارعة بارتكاب الفعل ، ويرجع فى تقدير ما إذا كان الوعيد حالا أو غير حال إلى ظروف المكره وإلى ظنه الغالب المبنى على أسباب معقولة .

---

(١) مواهب الجليل ج ٤ ص ٤٥ — أسنى المطالب ج ٣ ص ٢٨٢ — الإقناع ج ٤ ص ٤ المغنى ج ٨ ص ٢٦١ .

(٢) البحر الرائق ج ٨ ص ٨٢ .

(٣) حاشية ابن عابدين ج٥ ص١٢٠ — أسنى المطالب ج٣ ص٢٨٢ — المغنى ج٨ ص٢٦٠

(٤) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٠٩ .

ثالثاً ـ أن يكون المكره قادراً على تحقيق وعيده ، لأن الإكراه لا يتحقق إلا بالقدرة فإن لم يكن المكره قادراً على فعل ما هدد به فلا إكراه . ولا يشترط فى المكره أن يكون ذا سلطان كحاكم أو موظف ؛ لأن العبرة بالقدرة على الفعل المهدد به لا بصفة المكره .

رابعاً ـ أن يغلب على ظن المكره أنه إذا لم يجب إلى ما دعى إليه تحقق ما أوعد به ، فإن كان يعتقد أن المكره غير جاد فيما أوعد به ، أو كان يستطيع أن يتفادى الوعيد بأى طريقة كانت ثم أتى الفعل مع ذلك فإنه لا يعتبر مكرهاً . ويجب أن يكون ظن المكره مبنياً على أسباب معقولة .

٣٩٢ - حكم الإكراه : يختلف حكم الإكراه باختلاف الجرائم ، ففى بعض الجرائم لا يكون للإكراه أى أثر ، وفى بعضها ترتفع المسئولية الجنائية ويباح الفعل ، وفى بعضها تبقى المسئولية الجنائية وترتفع العقوبة ، فالجرائم بالنسبة للإكراه على ثلاثة أنواع :

(١) نوع لا يؤثر عليه الإكراه فلا يبيحه الإكراه ولا يرخص به .

(٢) نوع يبيحه الإكراه فلا يعتبر جريمة .

(٣) نوع يرخص به الإكراه فيعتبر جريمة ولكن لا يعاقب عليه .

٣٩٣ - الجرائم التى لا يؤثر عليها الإكراه : اتفق الفقهاء على أن الإكراه الملجىء لا يرفع العقوبة على المكره إذا كانت الجريمة التى ارتكبها قتلا أو قطع طرف أو ضرباً مهلكا [1] وحجتهم فى ذلك قوله تعالى : ﴿ ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق ﴾ [الأنعام : ١٥١] وقوله : ﴿ والذين يؤذون المؤمنين والمؤمنات بغير ما اكتسبوا فقد احتملوا بهتاناً وإثماً مبينا ﴾ [الأحزاب : ٥٨] ويعللون عقاب المكره بأنه قتل المجنى عليه متعمداً ظالماً لاستبقاء نفسه معتقداً أن فى قتله نجاة نفسه وخلاصه من شر المكره .

(١) البحر الرائق جـ ٨ ص ٧٤ ، ٧٧ .

والظاهر أن الفقهاء يرون أن كل جريمة يمكن أن تباح أو يرخص بها للإكراه إلا قتل الإنسان والاعتداء عليه اعتداء مهلكا ، فإنه كبيرة والتساهل فيها يؤدى إلى خطر جسيم ، ولذلك يتشددون فى هذه الناحية ويجمعون على عدم تأثير الإكراه على العقوبة فى هذه الجرائم . ولكنهم اختلفوا على نوع العقوبة فمالك وأحمد يريان القصاص من المكره[1] . وفى مذهب الشافعى رأيان أرجحهما يرى القصاص والثانى يرى أصحابه أن تكون العقوبة الدية على اعتبار أن الإكراه شبهة تدرأ القصاص[2] وفى مذهب أبى حنيفة[3] اختلاف على العقوبة فزفر يرى القصاص وأبو حنيفة ومحمد يريان الاكتفاء بتعزير المكره أى عقابه بالعقوبة التى يراها الشارع ملائمة ، وأبو يوسف يرى الدية على المكره .

ونظرية فقهاء الشريعة فى عقاب المكره على القتل وقطع الأطراف والضرب المهلك تتفق تماماً فى النتيجة مع ما يراه أصحاب النظرية المادية من شراح القوانين الوضعية ، وهم الذين يرون أن فى حالة الإكراه يتعارض حقان أو مصلحتان ، وأن الفاعل يختار بين الجريمة والخطر الذى يتهدده ، أو بين تضحية نفسه وتضحية الغير ، ولا يرون العقاب إذا ضحى بالأقل قيمة كتضحية رغيف لإحياء شخص جائع ، أما إذا تساوت المصلحتان أو ضحى بأكبرهما قيمة فيرون عقاب الفاعل[4] . وقد طبقت هذه النظرية فى انجلترا فى حادث ملخصه أن يختاً غرق ونجا من ركابه القبطان وآخر وخادم ، واستقلوا قارباً للنجاة فبقوا به ثمانية عشر يوماً يقاسون أشد الآلام ، و بعدها اتفق القبطان ورفيقه

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٢ ــ المغنى ج ٩ ص ٣٣١ ــ الإقناع ج ٤ ص ١٧١ .

(٢) تحفة المحتاج ج ٤ ص ٧ ــ المهذب ج ٣ ص ١٨٩ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٧٩ .

(٤) الموسوعة الجنائية ج ١ ص ٤٩٢ .

على قتل الخادم ليشربا دمه وليقتاتا بلحمه وقتلاه فعلا ، فحكم عليهما بالإعدام ثم استبدل بالإعدام الحبس .

٣٩٤ - الجرائم التى يباح فيها الفعل : يرفع الإكراه المسئولية الجنائية فى كل فعل محرم يبيح الشارع إتيانه فى حالة الإكراه كأكل الميتة وشرب الدم ، لقوله تعالى : ﴿ وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه ﴾ [الأنعام : ١١٩] ولقوله : ﴿ فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه ﴾ [البقرة : ١٧٣] فأكل الميتة وشرب الدم كلاهما محرم فى غير حالة الإكراه ، ولكنه يباح إذا أكره الإنسان عليه ، ومن ثم فلا مسئولية على إتيان الفعل ولو أنه محرم أصلا ، لأن التحريم يزول بالإكراه ، بل إن المكره ليأثم فيما بينه وبين ربه طبقاً للرأى الراجح إذا امتنع عن مطاوعة المكره ؛ لأنه يلقى بنفسه فى التهلكة بامتناعه وعدم مطاوعته[1] .

ويشترط فى الإكراه الذى يرفع المسئولية الجنائية ويبيح الفعل أن يكون إكراهاً ملجئاً ، فإن كان ناقصاً فإنه لا يحل الفعل فيبقى الفعل محرماً معاقباً عليه.

ويمكن معرفة الأفعال التى يرفع فيها الإكراه المسئولية الجنائية من مراجعة النصوص التى حرمتها ، فإن كانت أحلتها عند الضرورة أو الإكراه فهى من هذا النوع ، وإن لم تكن أحلتها فهى ليست منه . وعلى كل حال فهذه الأفعال خاصة بالمطاعم والمشارب المحرمة كأكل الميتة ولحم الخنزير وشرب الدم والنجاسات .

ويختلف الفقهاء فى شرب الخمر فأبو حنيفة والشافعى وأحمد يرون أن الإكراه يبيح الفعل ، أما مالك فيرى أن الإكراه يرفع العقوبة ولا يبيح

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٧٦ – المهذب ج ٢ ص ٢٤٥ ومابعدها – مواهب الجليل ج ٣ ص ٢٢٩ .

الفعل فيظل الفعل محرماً على أصله . ولكن الفاعل لا يعاقب لعدم التكليف أى لانعدام الاختيار[1] .

مسئولية المكره المدنية عن هذه الجرائم : والأصل أن الإنسان لا يسأل جنائياً ولامدنياً عن فعل مباح ، والإكراه فى هذا النوع من الجرائم يحل الفعل ، ومن ثم فلا يسأل الفاعل مدنياً عن الجريمة فى ذاتها ، وإنما يسأل عن كل فعل آخر صحبها إذا ألحق هذا الفعل ضرراً بالغير ، فلحم الخنزير مثلا محرم أصلا ولكن الإكراه يبيح للإنسان أن يتناول هذا اللحم ، ولا يعتبر تناوله جريمة ولا مسئولية على الآكل من الوجهة المدنية إذا إشترى اللحم أما إذا غصبه أو سرقه ممن يملكه فإنه يسأل مدنياً قبل المالك بقيمة ما غصب أو سرق والواقع أن المسئولية المدنية هنا ليست عن أكل اللحم وإنما هى عن الغصب أو السرقة فكلاهما جريمة لا يعاقب عليها للاكراه ، والإعفاء من العقاب لا يمنع من المسئولية المدنية عن هاتين الجريمتين .

٣٩٥ - بين الشريعة والقانون . وتختلف الشريعة عن القوانين الوضعية فى أنها تجعل الإكراه مبيحاً لبعض الأفعال المحرمة ، بينما القاعدة فى القوانين الوضعية أن الإكراه لا يبيح الفعل وإنما يرفع العقوبة فقط ، والواقع أن الأفعال التى يبيحها الإكراه فى الشريعة محدودة وقد حرمت هذه الأفعال أصلا ؛ لأن فى إتيانها ضرر بمن يأتيها ، فشرب الخمر وأكل الميتة ولحم الخنزير محرمة؛ لأنها تضر بصحة الشارب والآكل قبل كل شىء ، فهى أفعال محرمة لمصلحة الفاعل لا لمصلحة الغير ، فكان من العدل أن تباح إذا أدى تحريمها لإلحاق ضرر أكبر بالفاعل أو بتعبير آخر إذا انتفت حكمة التحريم ، أما ماعدا ذلك من الأفعال فأساس التحريم فيها مصلحة الغير وسواء أكره الشخص على إتيانها أو أتاها مختاراً فإن

---

(١) المراجع السابقة ومواهب الجليل جـ ٥ ص ٣١٨ وتبصرة الحكام جـ ٢ ص ٢٢٧

الفعل يمس مصلحة الغير ، فأساس التحريم قائم فى حالتى الإكراه والاختيار ، ومن ثم بقى الفعل جريمة فى الحالين ، ولكن لما كان الفاعل قد أتى الفعل وهو مكره فقد رفعت عنه عقوبة الفعل للإكراه .

ولعل منطق الشريعة فى هذه الناحية أدق من منطق القوانين الوضعية التى تسوى فى الحكم بين الجرائم جميعاً وإن اختلف أساس التحريم فيها . فالقانون المصرى مثلا يعاقب على استعمال اللحم المذبوح خارج السلخانة [1] والحكمة فى تحريم الاستعمال الخوف من أن يكون اللحم من حيوان مصاب بمرض معد فيمرض الآكل ، فإذا اضطر الجوع إنساناً ليأكل من هذا اللحم اعتبر فعله جريمة بالرغم من أن التحريم قصد به أصلا المحافظة على حياة الآكل ، وبالرغم من أن تحريم الفعل فى حالة الاضطرار يؤدى إلى القضاء على حياة الآكل واكتفى برفع العقاب عنه مع أن علة التحريم فى هذه الحالة منعدمة . وهكذا لانجد الشريعة خالفت القوانين الوضعية إلا وجدنا الحق والعدل والمنطق والمصلحة فى جانب الشريعة .

٣٩٦ - الجرائم التى ترتفع فيها العقوبة : يرفع الإكراه التام العقوبة فى كل الجرائم الأخرى عدا ما سبق مع بقاء الفعل محرماً على أصله ، وعلة ذلك أن المكره لا يأتى الفعل راضياً عنه ولا مختاراً له اختياراً صحيحاً ، والمرء لا يسأل عن فعله إلا إذا كان مدركا مختاراً ، فإذا انعدم الإدراك أو الاختيار فلا عقاب على الفاعل . فالسبب فى الإعفاء راجع إلى الشخص لا إلى الفعل فى ذاته ؛ ومن ثم رفعت العقوبة عن الفاعل وبقى الفعل محرماً .

وكل ما يشترط لرفع العقوبة عن المكره أن يكون الإكراه تاماً ، فإن كان ناقصاً لم ترتفع العقوبة ، ويستوى أن يكون الإكراه التام مادياً أو معنوياً .

---

(١) المادة الأولى من لائحة السلخانات .

ومن الجرائم التي تدخل تحت هذا القسم القذف والسب والسرقة و إتلاف مال الغير ، فهذه الجرائم وغيرها مما يدخل تحت هذا القسم لا عقاب عليها إذا أكره الإنسان على إتيانها إكراهاً تاماً ، لقوله تعالى: ﴿ إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ﴾ [النحل : ١٠٦] ولكن تبقى الأفعال المكونة لهذه الجرائم محرمة لقوله عليه الصلاة والسلام : « كل المسلم على المسلم حرام دمه وعرضه وماله ».

واختلف الفقهاء في زنا الرجل فقال أبو حنيفة أولا : إن الرجل لا يزني إلا منتشراً ، والانتشار دليل على الشهوة والاختيار ، فإذا زنا فهو غير مكره وعليه العقوبة ، ثم عدل أبو حنيفة عن هذا الرأي ؛ لأن الانتشار قد يكون دليل الفحولية لا دليل الاختيار (١) . وفي مذاهب مالك والشافعي وأحمد من يرى رأي أبي حنيفة الأول ولكنهم قلة ورأيهم مرجوح ، والرأي الراجح في المذاهب الثلاثة هو أن الإكراه يعفي الرجل من عقوبة الزنا ؛ لأن التهديد والتخويف يكون على ترك الزنا لا على إتيانه ، والفعل في ذاته لا يخاف منه فليس ثمة ما يمنع الانتشار (٢) .

أما المرأة المكرهة على الزنا فلا عقوبة عليها باتفاق ، لقوله عليه السلام : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ، وقد جرى العمل بهذا من عهد الرسول صلى الله عليه وسلم حيث يروى أن امرأة استكرهت على عهده فدرأ عنها الحد. ولا فرق في حالة المرأة بين الإكراه بالإلجاء أي أن تغلب على أمرها بقوة مادية وهو ما نسميه اليوم بالإكراه المادي و بين أن تكره بالتهديد وغيره وهو ما نسميه اليوم بالإكراه المعنوي ، ومن القضايا المشهورة قضية امرأة عطشت فاستسقت راعيا فأبى أن يسقيها إلا أن تمكنه من نفسها ففعلت ، فلما رفع أمرها لعمر استشار عليا رضي الله عنهما فأفتى عليّ بأنها مضطرة ولا عقاب عليها لقوله تعالى

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٨٠ .

(٢) مواهب الجليل جـ ٥ ص ٢٩٤ ـ تحفة المحتاج جـ ٤ ص ٩١ ـ المغني جـ ١٠ ص ١٥٨، ١٥٩

﴿ فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه ﴾ فلم يعاقبها عمر .

حكم المسئولية المدنية : يسأل المكره مدنياً فى هذا القسم عن الأضرار التى أصابت غيره من الجريمة التى ارتكبها ولو أنه معفى من عقوبتها؛ لأن القاعدة فى الشريعة أن الدماء والأموال معصومة ـ أى أن الاعتداء عليها محرم ـ وأن الأعذار الشرعية لا تبيح عصمة المحل ـ أى أن ما اعتبره الشارع عذراً للفاعل لا يبيح نفس الفعل المحرم ـ فإذا أعفى الفاعل من العقوبة فهو ملزم بتعويض غيره عن الأضرار التى سببها له بإنجاء نفسه من الهلكة والضرر .

وتتفق الشريعة فى هذا القسم مع القوانين الوضعية الحديثة ولا تختلف عن القانون المصرى الذى ينص على رفع العقاب عمن ارتكب جريمة ألجأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل فى حلوله ولا فى قدرته منعه بطريقة أخرى [1] .

والقوانين الوضعية وإن كانت ترفع العقوبة عن المكره إلا أنها تجعله مسئولا مدنياً عن الأضرار التى أحدثها بالغير شأنها فى ذلك شأن الشريعة .

٣٩٧ ـ أساس نظرية الإكراه فى الشريعة : بينا فيما سبق أساس حالة الإكراه المبيح للفعل ونبين الآن أساس ماعداه من حالات الإكراه . والظاهر من تتبع آراء الفقهاء أنهم يرون أن الإكراه يعدم الرضا ولا يعدم الاختيار ، فالمكره لا ينعدم اختياره إطلاقاً وإنما يفسد فقط ويضيق مداه بحيث لا يستطيع أن يختار إلا بين أمرين : إما ارتكاب الجريمة وإما تعريض نفسه لوعيد المكره . وإذا كانت المسئولية الجنائية تقوم على اختيار فإنها لا تنعدم إلا إذا انعدم الاختيار ، ولا يعتبر الاختيار منعدماً إذا انحصر وضاق مداه على

---

(١) راجع المادة ٦١ من قانون العقوبات المصرى .

الوجه السابق ؛ لأن المكره يستطيع أن يختار على أى حال .

والمكره حين يختار ارتكاب الجريمة يلحق الضرر بغيره ، وحين يختار الوعيد يلحق الضرر بنفسه ، وكلاهما أمر تأباه الشريعة ، فهى تحرم على الناس الإضرار بالغير كما تحرم على الناس أن يلقوا بأيديهم إلى التهلكة ، فالمكره حين يختار إنما يختار بين محرمين أو بين ضررين وقد وضعت الشريعة قاعدتين لحكم هذه الحالة : أولاهما : إن الضرر لا يزال بالضرر ، ومقتضى هذه القاعدة أنه لا يجوز للانسان أن يدفع الضرر بمثله ، فليس له أن يدفع الغرق عن أرضه بإغراق أرض غيره ، ولا أن يحفظ ماله بإتلاف مال غيره ، وليس للمضطر أن يتناول طعام مضطر آخر وهكذا . وثانيتهما : إن أخف الضررين يرتكب لاتقاء أشدهما ، ومقتضى هذه القاعدة أنه إذا لم يكن بد من ارتكاب أحد الضررين فيجوز للانسان أن يرتكب أخفهما لدفع الأشد ، ولا يجوز له أن يرتكب أشد الضررين لدفع أخفهما . فتطبيق هاتين القاعدتين يوجب على المكره أن يأتى من الأمرين أمرا واحدا بعينه ، فإذا أتاه فهو لا يختار فى الواقع وإنما يضطر إلى إتيانه اضطرارا بحكم الإكراه أولا ونزولا على حكم الشريعة ثانيا ، وإذن فاختياره ينعدم تماما إذا نزل على حكم قاعدتى الضرر سالفى الذكر فتنعدم المسئولية الجنائية لانعدام الاختيار وترتفع العقوبة . أما إذا خالف حكم قاعدتى الضرر ودفع الضرر بمثله ، أو دفع الضرر الأخف بالأشد فقد اختار ، وهذا الاختيار لا يعدم المسئولية الجنائية ولا يرفع العقوبة ولو كان مداه ضيقا .

وقد جاءت أحكام الإكراه فى الشريعة تطبيقا دقيقا لما سبق ، فإذا قتل المكره غيره أو قطع طرفه أو ضربه ضربا مهلكا فإنما يفعل هذا ليدفع عن نفسه القتل أو ما يؤدى إلى القتل من قطع أو ضرب مهلك ، وليس له أن يدفع الضرر بمثله أو بأشد منه فإذا فعل ذلك فقد اختار وهذا الاختيار على ضيق مداه لا يرفع عنه المسئولية الجنائية فيعاقب على القتل والقطع والضرب المهلك . أما ما عدا هذا

من الجرائم كالسرقة والقذف والسب والزنا والتبديد وإتلاف الأموال فليس فيها ما يساوى التهديد بتلف النفس ، فإذا ارتكب المكره الجريمة لينجى نفسه من الهلاك فإنه لا يدفع الضرر بمثله ، وإنما يدفع أشد الضررين بأخفهما ، ولا يختار بين الضررين نزولا على حكم الشريعة ، وإذن فهو مكره على إتيان الجريمة ولا خيار له فى إتيانها أو تركها ، وإذا انعدم اختياره انعدمت المسئولية الجنائية وارتفعت عنه العقوبة .

٣٩٨ بين الشريعة والقوانين الوضعية :— هذه هى نظرية الإكراه فى الشريعة ومن له إلمام بالقوانين الوضعية يرى أن نظرية الشريعة جمعت بين نظريتين يقول بهما شراح القوانين : إحداهما النظرية الشخصية والثانية النظرية المادية ، وقد جمعت نظرية الشريعة بين أفضل ما فى النظريتين القانونيتين وسلمت من عيوبهما ، ذلك أن أصحاب النظرية الشخصية يرون أن أساس الإكراه هو انعدام حرية المكره فى الاختيار ، أما أصحاب النظرية المادية فيرون أنه كان مختارا وأن فكرة توفر الاختيار وانعدامه لا تصلح أساسا لتعليل الإكراه والصحيح عندهم أنه فى حالة الإكراه يكون هناك تنازع بين حقين أو مصلحتين ، وأن هذا التنازع يقتضى تضحية أحدهما مادام أقل قيمة من الآخر ، أما إذا تساوت قيمة الحقين أو المصلحتين أو زادت قيمة أحدهما فأصحاب النظرية ينقسمون على بعضهم ، فمنهم من يرى العقاب إذا تساوى ضرر الجريمة مع ضرر الإكراه أو زاد عليه ، ومنهم من لا يرى العقاب فى أى حال ؛ لأن الجريمة فى هذه الحالة لا تهم الجماعة ، ولأن المجرم لا يعتبر خطرا ، وهو تعليل غير مقنع ولا يبرر الجريمة على أساس قانونى [1] .

٣٩٩ الإكراه والضرورة :— ويلحق بالإكراه حالة الضرورة من حيث الحكم ، ولكنها تختلف عن الإكراه فى سبب الفعل ، ففى الإكراه يدفع

---

(١) الموسوعة الجنائية ج ١ ص ٤٩٢ — شرح قانون العقوبات للدكتورين كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ٣٧٦ وما بعدها .

المكره إلى إتيان الفعل شخص آخر يأمر المكره بإتيان الفعل ويجبره على إتيانه أما فى حالة الضرورة فلا يدفع الفاعل إلى إتيان الفعل أحد ، وإنما يوجد الفاعل فى ظروف يقتضيه الخروج منها أن يرتكب الفعل المحرم؛ لينجى نفسه أو غيره من الهلكة ، كمن يركب مع آخرين قارباً مملوءاً بالأمتعة يكاد يغرق لثقل حمولته فإن نجاة الركاب تقتضى تخفيف حمولة القارب وإلقاء بعض الأمتعة التى تثقله فى الماء ومن الأمثلة على حالة الضرورة الجوع الشديد والعطش الشديد ، فإن الجائع أو العطشان إذا لم يجد ما يأكله أو يشربه من طريق مباح هلك ، وقد يندفع الجائع أو العطشان تحت تأثير الجوع والعطش إلى سرقة ما يسد رمقه أو يطفىء عطشه كما قد يندفع إلى تناول طعام أو شراب محرم ، ومثل ذلك يقال عمن كاد يهلك من البرد إذا أشعل ناراً فى حطب آخر ليستدفىء أو أشعلها له غيره . ففى كل هذه الأحوال يوجد نفس الفاعل أو يوجد غيره فى حالة أو فى ظروف مهلكة فيندفع الفاعل إلى إتيان فعل محرم لإنجاء نفسه أو إنجاء غيره من الهلكة .

٤٠٠ - **شروط حالة الضرورة** : - يشترط لوجود حالة الضرورة أربعة شروط :

١ - أن تكون الضرورة ملجئة بحيث يجد الفاعل نفسه أو غيره فى حالة يخشى منها تلف النفس أو الأعضاء .

٢ - أن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة فليس للجائع أن يأكل الميتة قبل أن يجوع جوعاً يخشى منه .

٣ - أن لا يكون لدفع الضرورة وسيلة إلا ارتكاب الجريمة فإذا أمكن دفع الضرورة بفعل مباح امتنع دفعها بفعل محرم ، فالجائع الذى يستطيع شراء الطعام ليس له أن يحتج بحالة الضرورة إذا سرق طعاماً .

٤ - أن تدفع الضرورة بالقدر اللازم لدفعها ، فليس للجائع أن يأخذ من طعام غيره إلا ما يرد جوعه .

٤٠١ - حكم حالة الضرورة : - يختلف حكم حالة الضرورة باختلاف الجريمة ، فهناك جرائم لا تؤثر عليها الضرورة ، وجرائم تبيحها الضرورة وجرائم ترتفع فيها العقوبة للضرورة .

٤٠٢ - الجرائم التي لا تؤثر عليها الضرورة : - ليس للضرورة أثر على جرائم القتل والجرح والقطع ، فليس للمضطر بأى حال أن يقتل غيره أو يقطعه أو يجرحه لينجي نفسه من الهلكة ، فإذا كان جماعة فى قارب مشرف على الغرق لثقل حمولته فليس لأحدهم أن يلقى غيره فى الماء ليخفف حمولة القارب ولينجى نفسه وغيره من الهلكة ، ولا يعفيه هذا إذا فعله من العقاب .

ومن المتفق عليه أن الشخص الذى يحرم قتله أو جرحه أو قطعه هو الشخص المعصوم ، أما المهدر فقتله مباح بل هو واجب فى أكثر الأحوال .

ويحرم مالك أكل لحم الإنسان فى حالة الضرورة ولو كان مهدراً ، فمن جاع حتى أوشك أن يهلك ولم يجد إلا مهدرا فليس له أن يأكل من لحمه مايردجوعه سواء كان المهدر حيا أو ميتا ، وهذا هو الرأى الراجح فى مذهب أبى حنيفة[1] .

ويجيز الشافعى وأحمد أكل لحم المهدر فى حالة الضرورة سواء كان المهدر حيا أو ميتا ، ويوافقهما فى هذا بعض الحنفية بل يبيح الشافعى و بعض الحنفية أكل لحم الميت المعصوم فى حالة الضرورة ؛ لأن حرمة الحى أعظم من حرمة الميت ، أما أحمد فيحرم أكل لحم المعصوم الميت[2].

و يبيح الشافعى للمضطر أن يقطع من جسمه فلذة ليأكلها فى حالة الضرورة إذا ظن السلامة مع القطع[3] ، ويخالفه فى هذا بقية الفقهاء .

وليس للمضطر أن يأخذ من مضطر مثله ما يقيم حياته ؛ لأنه أحق به حيث

---

(١) مواهب الجليل جـ٣ ص ٢٣٣ - حاشية ابن عابدين جـ٥ ص ٢٩٦

(٢) المغنى جـ١١ ص ٧٩ - أسنى المطالب جـ١ص٥٧١ .

(٣) أسنى المطالب جـ١ ص ٥٧١ .

يساويه فى الضرورة وينفرد بالملك ، فإن أخذه منه فمات فهو مسئول عن موته ويعتبر قاتلا له بغير حق[١] .

وللمضطر أن يأخذ ما يقيم حياته من غيره إذا لم يكن فى حاجة إليه ، وإن احتاج الأمر إلى قتال قاتله عليه ، فإن قتل المضطر فقاتله مسئول جنائيا عن قتله ولا يعتبر فى حالة دفاع ، وإن قتله المضطر فهو هدر ؛ لأنه ظالم بقتاله المضطر فأشبه الصائل . وليس للمضطر أن يقاتل على شىء كلما استطاع أن يأخذه بشراء أو استرضاء مهما تغالى صاحب الشىء فى الثمن ؛ لأن المضطر لا يلزمه شرعا إلا ثمن المثل[٢] ، وهذا هو رأى مالك والشافعى وأحمد ، ولا يختلف عن رأى أبى حنيفة إلا فى أنه يبيح للمضطر أن يقاتل الممتنع باليد لا بالسلاح[٣]

٤٠٣ — **الجرائم التى تبيحها الضرورة** : تباح الجريمة للضرورة إذا كانت الشريعة تنص على إباحتها فى حالة الضرورة ، وهذا النوع من الجرائم خاص بالمطاعم والمشارب كأكل الميتة ولحم الخنزير وشرب الدم والنجاسات ، فهذه الجرائم وأمثالها يباح إتيانها فى حالة الاضطرار باتفاق ، وبشرط أن يقتصر الفعل المحرم على القدر الذى يسد الضرورة ، فمن اضطره الجوع إلى أكل الميتة فله أن يأكل منها بقدر ما يسد رمقه ويأمن معه من الموت على رأى ، أو بقدر ما يشبعه على رأى آخر ، ولكن له أن يزيد على ما يشبعه إلا إذا كانت الضرورة مستمرة كما لو كان منقطعا فى صحراء[٤] .

---

(١) المغنى ج ١١ ص ٨٠ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠ .
(٢) المغنى ج ١١ ص ٨٠ — أسنى المطالب ج ١ ص ٥٧٢ — مواهب الجليل ج ٣ ص ٢٣٤
(٣) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٢٩٦ .
(٤) أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ١٣٠ — أسنى المطالب ج ١ ص ٥٧٠ — المغنى ج ١١ ص ٧٣ .

وللمضطر التزود من الطعام أو الشراب المحرم إذا كان يعلم أن الضرورة مستمرة ، بشرط أن لا يطعمه ولا يشربه إلا إذا تجددت الضرورة[1] .

وقد اختلفوا فى إتيان الفعل المحرم الذى يباح للضرورة ، فقال البعض ورأيهم الراجح : إن إتيان الفعل واجب على المضطر وليس حقا له ، فالمضطر إلى الطعام أو الشراب يأثم إذا لم يأكل المحرم أو يشربه لقوله تعالى : ﴿ ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة ﴾ [البقرة : ١٩٥] ولقوله : ﴿ ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما ﴾ [النساء : ٢٩] فوجب على الإنسان كلما قدر على إحياء نفسه بما أحله الله أن يتناوله ليحيي نفسه ، ويرى البعض الآخر ورأيهم مرجوح أن إباحة الأكل والشرب رخصة للمضطر له أن يأتيها أو يتركها ، فإتيان الفعل حق لا واجب[2] .

٤٠٤ — *الجرائم التى ترفع الضرورة عقوبتها* : — وفيما عدا النوعين السابقين من الجرائم فإن المضطر إذا أتى الجرائم الأخرى مدفوعا إلى ارتكابها بالضرورة فإنه يعفى من العقوبة مع بقاء الفعل محرما ، ومثل ذلك سرقة الجائع الطعام أو الشراب ، و إلقاء أمتعة الركاب فى البحر إذا أشرف المركب على الغرق .

ويشترط للإعفاء من العقوبة أن لا يأتى المضطر الفعل إلا بالقدر الذى يدفع الضرورة ، فليس للجائع أن يأكل من طعام غيره إلا ما يرد جوعه ، وليس له أن يأخذ معه شيئا ، وليس لراكب القارب المشرف على الغرق أن يلقى من أمتعة الركاب إلا بالقدر الذى يمنع غرق القارب .

ويشترط للإعفاء من العقوبة أن يكون الفعل المحرم مما يرد الضرورة ، فإذا لم يكن كذلك فلا إعفاء ، فمن يسرق أمتعة من آخر ليبيعها ويشترى بثمنها

---

(١) مواهب الجليل ج ٣ ص ٢٣٣ — أسنى المطالب ج ١ ص ٥٧٠ — المغنى ج ١١ ص ٧٥ .

(٢) أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ١٢٨ .

طعاما لا يستطيع أن يدعى أنه كان فى حالة ضرورة ؛ لأن سرقة الأمتعة لا تدفع الضرورة مباشرة ، أما من يسرق رغيفا فإنه يستطيع أن يقول إنه كان فى حالة ضرورة ؛ لأن السرقة تؤدى مباشرة لدفع الضرورة .

٤٠٥ ـ حكم المسئولية المدنية فى حالة الضرورة : ـ حكم المسئولية المدنية فى حالة الضرورة هو حكمها فى حالة الإكراه فالمضطر مسئول مدنيا كلما كان فعله محرما ولو رفعت عنه العقوبة ولا مسئولية عليه كلما كان فعله مباحا .

٤٠٦ ـ الأساس الشرعى لحالة الضرورة : ـ الأساس الشرعى لحالة الضرورة هو نفس الأساس الذى يقوم عليه الإكراه ، ففى حالة عدم رفع العقاب يبقى الفعل معاقبا عليه لانعدام الإلجاء ، وفى حالة الإباحة يباح الفعل لانتفاء علة التحريم ، وفى حالة رفع العقاب يرفع العقاب لتحقق الإلجاء وانعدام الاختيار ، وقد فصلنا القول فى ذلك كله أثناء الكلام على الإكراه .

الفرع الثانى

فى السكر

٤٠٧ ـ الشرب والسكر : تحرم الشريعة الإسلامية شرب الخمر لذاته سواء أسكر أو لم يسكر ، وتعتبر جريمة الشرب من الحدود ويعاقب عليها بالجلد ثمانين جلدة .

وإجماع الفقهاء فيما عدا أبو حنيفة وأصحابه على أن ما أسكر كثيره فقليله حرام سواء سمى خمرا أو كان له اسم آخر ، وأن شرب القليل من أى مسكر معاقب عليه ولو لم يسكر ، ولكن أباحنيفة يفرق بين الخمر وغيرها من المسكرات ، ويرى العقاب على شرب الخمر سواء أسكر أو لم يسكر ، أما ما عدا الخمر من المسكرات فلا يرى العقاب على تناوله إلا إذا أدى شربه إلى السكر فعلا .

والخمر فى رأى أبى حنيفة هى عصير العنب النىء[1] إذا غلا واشتد وقذف زبده[2] ، أو طبخ فذهب أقل من ثلثيه ، وكذلك نقيع التمر والزبيب إذا اشتد بغير طبخ . أما عصير العنب إذا طبخ فذهب ثلثاه ، ونقيع التمر والزبيب إذا طبخ وإن لم يذهب ثلثاه ، ونبيذ الحنطة والذرة والشعير وغيرها نقيعا كان أو مطبوخا فذلك هو المسكر[3] لا يعاقب على مجرد شربه وإنما يعاقب على السكر منه .

والمخدرات على اختلاف أنواعها كالحشيش والداتورة وما أشبه لها حكم المسكر ، ولكن لا يعاقب عليها بعقوبة الحد ؛ لأنه ورد فى الخمر والسكر ، والحد عقوبة مغلظة لا تقرر بالقياس ، والمتفق عليه أن عقوبة تناول المخدرات هى التعزير .

تعريف السكر :ـ ويعرف السكر بأنه : غيبة العقل من تناول خمر أو مايشبه الخمر[4] . ويعتبر الإنسان سكران إذا فقد عقله فلم يعد يعقل قليلا ولا كثيرا ، ولا يميز الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة ، وهو رأى أبى حنيفة[5] ويرى محمد وأبو يوسف أن السكران هو الذى يغلب على كلامه الهذيان ، وحجتهما قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ﴾ [النساء : ٣٤] فمن لم يعلم ما يقول فهو سكران ، ورأيهما يتفق مع رأى باقى الأئمة[6] .

٤٠٨ ـ السكر والمسئولية الجنائية ـ الرأى الراجح فى كل من المذاهب

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٥ ص ١١٢ .

(٢) عصير العنب النىء خمر عند محمد أبى يوسف قذف بالزبد أو لم يقذف به .

(٣) المغنى جـ ١٠ ص ٣٢٧ .

(٤) يدخل تحت هذا التعريف المسكرات على رأى أبى حنيفة كما تدخل تحته كل أنواع المخدرات .

(٥) بدائع الصنائع جـ ٥ ص ١١٨ .

(٦) المغنى جـ ١٠ ص ٢٣٥ .

الأربعة[1] أن السكران لا يعاقب على ما يرتكب من الجرائم إذا تناول المادة المسكرة مكرهاً ، أو تناول المسكر مختاراً وهو لا يعلم أنه مسكر ، أو شرب دواء للتداوى فأسكره ؛ لأنه ارتكب الجريمة وهو زائل العقل فيكون حكمه حكم المجنون أو النائم وما أشبه .

ويلحق بالإكراه حالة الاضطرار ، فمن شرب الخمر مثلا وهو عالم بأنها خمر لدفع غصة فسكر منها ثم ارتكب جريمة أثناء سكره فإنه لا يعاقب عليها ؛ لأنه مكره على تناولها . أما من يتناول المسكر مختاراً بغير عذر ، أو يتناول دواء لغير حاجة فيسكر منه ، فإنه مسئول عن كل جريمة يرتكبها أثناء سكره سواء ارتكبها عامداً أو مخطئاً ، ويعاقب بعقوبتها ؛ لأنه أزال عقله بنفسه ، وبسبب هو فى ذاته جريمة فيتحمل العقوبة زجراً له ، فضلا عن أن إسقاط العقوبة عنه يفضى إلى أن من أراد ارتكاب جريمة شرب الخمر وفعل ما أحب فلا يلزمه شىء .

وفى كل من المذاهب الأربعة رأى آخر مرجوح[2] بل مهجور وهو أن السكران لا يسأل عن تصرفاته سواء تناول المسكر مختاراً أو مكرهاً أو غير عالم بأنه مسكر ؛ لأن عقله كان زائلا وقت إتيان الفعل فلم يكن مدركا ، والإدراك أساس المسئولية الجنائية فإذا فقد انعدمت المسئولية ، ومصدر هذا الرأى عثمان رضى الله عنه ، وهو أحد قولى الشافعى ، وقد أخذ به قلة من الفقهاء فى كل مذهب ولكنه كما قلنا رأى مهجور .

٤٠٩ - السكر والمسئولية المدنية : يسأل السكران مدنياً عن فعله ولو أعفى من العقاب لسكره ، فالمسئولية المدنية لا ترتفع عن السكران بحال ، ذلك أن الدماء والأموال معصومة أى محرمة طبقاً للقاعدة العامة فى الشريعة ، والأعذار

---

(١) المغنى ج٩ ص ٢٥٨ و ج ١٠ ص ٣٢٥ ومابعدها - مواهب الجليل ج ٦ ص ٣١٧ تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٢٧ - تحفة المحتاج - ج ٤ ص ١١٨ - المهذب ج ٢ ص ٨٢ ، ١٨٥ ، ٢٠٤ - البحر الرائق ج ٥ ص ٢٥ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٧٨ .

(٢) المراجع السابقة .

الشرعية لا تبيح عصمة المحل ، أى أن رفع العقوبة عن السكران بسبب عدم الإدراك لا يمنع من مسئوليته مدنياً عن تعويض الأضرار التى سببها للغير ؛ لأن عدم الإدراك إذا صلح سبباً لرفع العقاب فإنه لا يصلح سبباً لإهدار الدماء والأموال.

٤١٠ - الشريعة والقوانين : تتفق آراء شراح القوانين مع ما يراه الفقهاء فى الشريعة ، وينقسمون أيضا قسمين : أقلية ترى ما يراه أصحاب الرأى المرجوح فى الشريعة من أن السكران لا يعاقب فى أى حال على ما يرتكبه من الجرائم ، وأغلبية ترى ما يراه أصحاب الرأى الراجح فى الشريعة من رفع العقاب عن السكران إذا تناول المسكر مكرهاً أو غير عالم بأنه مسكر ثم ارتكب الجريمة أثناء سكره ، فإن تناول المسكر مختاراً فإنه يعاقب على أية جريمة يرتكبها أثناء سكره .

ويتفق نص القانون المصرى تمام الاتفاق مع الرأى الراجح فى الشريعة الإسلامية ، فهو لا يعاقب من ارتكب الفعل وهو فاقد الشعور لغيبوبة ناشئة عن عقاقير مخدرة أيا كان نوعها إذا أخذها قهراً عنه أو على غير علم منه بها .

الفرع الثالث

الجنون

٤١١ - تمهيد : تعتبر الشريعة الإنسان مكلفاً أى مسئولا مسئولية جنائية إذا كان مدركا مختاراً ، فإذا انعدم أحد هذين العنصرين ارتفع التكليف عن الإنسان ، ومعنى الإدراك فى المكلف أن يكون متمتعاً بقواه العقلية ، فإن فقد عقله لعاهة أو أمر عارض أو جنون فهو فاقد الإدراك .

والمرء قد يولد فاقداً لقواه العقلية وقد يولد متمتعاً بهذه القوى ، وقد تنمو قواه العقلية مسايرة نمو جسمه ، وقد يعترضها ما يوقف نموها من مرض أو

عاهة فينمو الجسم إلى آخر أطوار نموه وتظل القوى العقلية باقية فى أطوارها الأولى وقد يبلغ الإنسان رشيداً متمتعاً بقواه العقلية ولكن يطرأ عليه مرض يذهب بقواه العقلية كلها أو بعضها ، ففقدان القوى العقلية ليس له وقت ولا أوان .

وفقدان القوى العقلية قد يكون تاماً ومستمراً ويسمونه جنوناً مطبقاً . وقد يكون تاماً وغير مستمر ويسمونه جنوناً متقطعاً . وقد يكون جزئياً فيفقد الإنسان قدرة الإدراك فى موضوع بعينه ، ولكنه يظل متمتعاً بالإدراك فيما عداه ، وهذا ما يسمونه الجنون الجزئى . وقد لاتفقد القوى العقلية تماما ، ولكنها تضعف ضعفاً غير عادى ، فلا ينعدم الإدراك كلية، ولا يصل فى قوته إلى درجة الإدراك العادى للأشخاص الراشدين ، وهذا ما يسمونه بالعته أو البله . وهناك مظاهر أخرى لفقدان القوى العقلية اصطلح على تسميتها بأسماء معينة ، ولكنها جميعاً تقوم على أساس واحد هو انعدام الادراك فى الإنسان ، وحكم هذه الحالات جميعاً واحد على تعدد مظاهرها واختلاف مسمياتها ، وهو أن المسئولية الجنائية تنعدم كلما انعدم الإدراك فإذا لم ينعدم فالمسئولية قائمة .

٤١٢ ـ تعريف الجنون :ونستطيع بعد ماسبق أن نعرف الجنون : بأنه زوال العقل أو اختلاله أو ضعفه ، وهو تعريف يشمل الجنون والعته وغير ذلك من الحالات المرضية والنفسية التى تؤدى لانعدام الإدراك ، وسنبين فيما يلى حالات الجنون وما يلحق بها .

٤١٣ ـ الجنون المطبق : الجنون المطبق هو الذى لا يعقل صاحبه شيئاً أو هو الجنون الكلى المستمر ، ويستوى أن يكون عارضاً للإنسان أو أن يكون مصاحباً له من يوم ولادته ، ويسمى بالجنون المطبق إما لأنه يستوعب كل أوقات المجنون ، وإما لكونه جنوناً كلياً لايفقه صاحبه شيئاً ، ويعبر بعض الفقهاء عن المجنون جنوناً مطبقا بالمجنون المغلوب ، ولكن البعض يرى أن المجنون المغلوب هو من كان جنونه مستمراً سواء كان جنونه كليا بحيث

لا يعقل شيئاً ما ، أو كان جنونه جزئياً بحيث يعقل بعض الأشياء دون البعض الآخر .

٤١٤ - الجنون المتقطع : هو الذى لا يعقل صاحبه شيئاً ، ولكنه جنون غير مستمر ، فهو يصيب الشخص تارة ويرتفع عنه أخرى ، فإذا أصابه فقد عقله تماماً ، وإذا ارتفع عنه عاد إليه عقله ، فهو نفس الجنون المطبق لا يفترق عنه إلا فى الاستمرار . فالجنون المتقطع يفقد صاحبه الإدراك فى حالة وجوده فلا يكون مسئولا جنائياً ، فإذا انقشع عنه عاد له الإدراك وصار مسئولا جنائياً عما يرتكبه من جرائم فى حالة إفاقته ، بعكس المجنون جنونا مطبقاً ، فإنه لا يسأل جنائياً ؛ لأن جنونه تام ومستمر .

وإذا أفاق صاحب الجنون المتقطع إفاقة جزئية ، بمعنى أنه لا يدرك إدراكاً تاماً فى حالة أو فى حالات معينة ، ولكنه يدرك إدراكاً تاماً فيما عدا ذلك ، فحكمه فى حالة الإفاقة الجزئية حكم صاحب الجنون الجزئى .

وإذا أفاق صاحب الجنون المتقطع ولكنه كان فى إفاقته ضعيف الإدراك بصفة عامة فحكمه فى هذه الحالة حكم المعتوه .

٤١٥ - الجنون الجزئى : إذا لم يكن الجنون كلياً وكان قاصراً على ناحية أو أكثر من تفكير المجنون بحيث يفقده الإدراك فى هذه الناحية أو هذه النواحى فقط مع بقائه متمتعاً بالإدراك فى غيرها من النواحى ، فهذا هو الجنون الجزئى .

والمجنون جزئياً مسئول جنائياً فيما يدركه ، وغير مسئول فى النواحى التى ينعدم فيها إدراكه .

وقد يكون الجنون الجزئى متقطعاً ينتاب المريض حيناً ويرتفع عنه حيناً آخر ، فإذا ارتفع الجنون صار المريض مسئولا جنائياً عما يرتكبه من جرائم فى حالة إفاقته . وقد يكون الجنون الجزئى مستمراً ، ويسمى البعض الجنون فى

هذه الحالة بالمجنون المغلوب ؛ لأنهم يرون أن المجنون المغلوب هو من كان جنونه مستمراً سواء كان كليا أو جزئيا ، والتسمية على كل حال لا أهمية لها ؛ لأن العبرة فى انعدام المسئولية بفقد الإدراك لا بالتسمية ، فالمجنون غير مسئول كلما انعدم إدراكه .

٤١٦ - العته : يعرف الفقهاء المعتوه بأنه : من كان قليل الفهم ، مختلط الكلام ، فاسد التدبير سواء كان ذلك ناشئاً من أصل الخلقة أو لمرض طرأ عليه ، ويفهم من هذا التعريف أن العته أقل درجات الجنون ، ويمكن القول بأن الجنون يؤدى إلى زوال العقل أو اختلاله . أما العته فيؤدى إلى إضعافه ضعفا تتفاوت درجاته ، ولكن إدراك المعتوه أيا كان لا يصل إلى درجة الإدراك فى الراشدين العاديين .

وأكثر الفقهاء يسلمون بأن العته نوع من الجنون وبأن درجات الإدراك تتفاوت فى المعتوهين ولكنها لا تخرج عن حالة الصبى المميز ، ولكن بعض الفقهاء يرون أن بعض المعتوهين يكونون من حيث الإدراك كالصبى غير المميز وبعضهم كالصبى المميز ، وأصحاب هذا الرأى لا يجعلون فرقا بين الجنون والعته إذا كان المعتوه فى أقل درجات التمييز ، ولذلك فرقوا بين الجنون والعته بأن الأول يصحبه اضطراب وهيجان ، والثانى يلازمه الهدوء ولكن حقيقتهما واحدة .

وسواء صح هذا الرأى أو ذاك فهى مسميات لحقائق واقعة ومعبرة بالواقع لا بالمسمى ؛ لأن فاقد الإدراك معفى من العقاب سواء سمى معتوها أو مجنونا أو كان له اسم آخر .

٤١٧ - الصرع والهيستريا وما أشبه : هناك حالات عصبية تظهر على المرضى بها فيفقدون شعورهم أو اختيارهم كما يفقدون إدراكهم ويأتون بحركات وأعمال وأقوال لا يعونها ولا يدركون حقيقتها. وهذه الحالات المرضية لم يتعرض لها فقهاء الشريعة بصفة خاصة ، ولعل السر فى ذلك أن العلوم النفسية والطبية

لم تـكن وصلت إلى ما هى عليه اليوم من التقدم ، لـكن هذه الحالات على اختلافها يمكن استظهار حكمها بسهولة إذا طبقنا عليها قواعد الشريعة العامة .

والمصاب بالصرع تأخذه حركات تشنجية بعد أن يفقد الإدراك والاختيار ، وقد يرتـكب وهو فى هذه الحالة أعمالا إجرامية دون أن يشعر بما حدث منه بعد إفاقته .

والمصاب بالهيستريا تنتابه حركات تشنجية فإذا عاودته راح يهذى دون وعى ، والمريض بالملاخوليا يتصور الأمور على غير حقيقتها و يدعوه هذا التصور المغاير للواقع إلى إتيان أمور لا مبرر لها .

وهؤلاء المرضى وأمثالهم حكمهم حكم المجنون إذا كانوا وقت ارتـكاب الحادث فاقدى الإدراك أو كان إدراكهم ضعيفا فى درجة إدراك المعتوه ، و يأخذ هؤلاء المرضى حكم المكره إذا كانوا متمتعين بالإدراك ولـكنهم فاقدى الاختيار فإن لم يفقدوا إدراكهم ولا اختيارهم فهم مسئولون جنائيا عن أعمالهم .

٤١٨ ـ تسلط الأفكار الخبيثة : و يلحق بالجنون ما يسمونه فى عصرنا الحاضر تسلط الأفـكار الخبيثة وهى حالة مرضية تنشأ عن ضعف الأعصاب أو الوراثة ،ومظهرها وقوع الإنسان تحت سلطان فـكرة معينة ، والشعور القوى الذى لا يدفع بالرغبة فى إتيان فعل معين استجابة للفـكرة المتسلطة ، كمن يعتقد أنه مضطهد ، أو أن أناساً ير يدون قتله أو تسميمه ، فيشعر بالرغبة الجامحة فى قتل من يتوهم أنه ير يد قتله أو الانتقام منه ، وقد يأتى المريض الفعل استجابة لميل غريزى جامح لا تحت تأثير فـكرة متسلطة عليه .

وحكم المرضى من هذا النوع إلحاقهم بالمجانين إذا كانوا يأتون الفعل وهم فاقدوا الإدراك أو كان إدراكهم من الضعف بحيث يساوى إدراك المعتوه فإن لم يكونوا كذلك فهم مسئولون جنائيا .

٤١٩ ـ ازدواج الشخصية : هى حالة مرضية نادرة تصيب الانسان

فيظهر فى بعض الأحيان بغير مظهره العادى ، وتتغير أفكاره ومشاعره وقد تتغير ملامحه و يأتى أعمالا ما كان يأتيها وهو فى حالته العادية ، ثم تزول الحالة الطارئة فلا يذكر شيئاً مما حدث له بعد أن يعود إلى حالته الطبيعية .

وحكم هذه الحالة أنه يعتبر مجنونا إذا لم يدرك ما يفعل ؛ لأنه كان فاقداً عقله وقت ارتكاب الفعل .

٤٢٠ ـ **ضعف التمييز** : هناك أشخاص يرتفع إدراكهم عن إدراك المجنون والمعتوه ولكنه ينقص عن إدراك الإنسان الكامل ، وهم على ضعف إدراكهم سريعو الاندفاع ولكنهم حين يأتون الجريمة يأتونها وهم مميزون مدركون لأفعالهم ، وهذا الإدراك الناقص نوعا لا يعفى من العقاب طبقا لقواعد الشريعة العامة ، وهو كذلك لا يعفى من العقاب فى القوانين الوضعية . ويرى بعض الشراح تخفيف العقوبة باعتبار الفاعل معذورا ، ولكن البعض الآخر يرى تشديد العقوبة ؛ لأن العقوبة الشديدة هى التى تردع أمثال هؤلاء وتصرفهم عن ارتكاب الجرائم . ولا تسمح قواعد الشريعة بالأخذ بفكرة التخفيف إلا فى جرائم التعازير ، أما جرائم الحدود والقصاص فلا يصح فيها تخفيف العقوبة ولا استبدال غيرها بها لخطورة هذه الجرائم واتصالها الشديد بحياة الأشخاص وأمن الجماعة ونظامها.

٤٢١ ـ **الصم البكم** : الصم البكم مسئولون جنائياً عن جرائمهم كلما كانوا متمتعين بالإدراك والاختيار وقت ارتكابها ، فإذا أثرت حالتهم على إدراكهم بحيث يمكن اعتبارهم مجانين أو معتوهين فلا مسئولية عليهم .

ويرى أبو حنيفة وأصحابه درء الحدود عن الصم البكم والاكتفاء بتعزيرهم ولو أقروا بالجريمة ؛ لأن الصمم والبكم شبهة ؛ ولأن إقرارهم يقوم على الإشارة وقد يقصد بالإشارة غير المعنى الذى فهم منها ؛ ولأن الأصم الأبكم لو استطاع أن ينطق لدفع التهمة أو جرح الشهود . ويخالف مالك والشافعى وأحمد رأى

أبى حنيفة ، ويأخذون بإقرار الأبكم ما لم يكن فى الإشارة شبهة ولا يرون درء الحد عنه للصمم والبكم .

٤٢٢ ـ الحركة النومية : يأتى بعض الناس أفعالا وهو نائم دون أن يشعر ، ويغلب أن تكون الحركات التى يأتى بها النائم ترديدا للحركات التى اعتاد أن يأتيها فى اليقظة ، ولكن يحدث أن يأتى بحركات مخالفة لاعلاقة لها بالحركات التى يأتيها وهو متيقظ .

ويعللون حركة النائم من الناحية العلمية بأن ملكات الإنسان جميعا لاتتأثر بنومه بل يهجع بعضها ويظل البعض متنبها بدرجات مختلفة ، ويحدث عند من تنتابهم هذه الحالة أن تتنبه فيهم بعض الملكات بدرجة غير عادية فتؤدى وظائفها العادية دون أن يشعر النائم بذلك ، فيتحرك أو يكتب أو يأتى أعمالا أخرى ، ثم تزول حالة التنبه الطارئة فيعود النائم إلى حالته الطبيعية ولا يشعر بعد اليقظة مما حدث منه أثناء النوم .

والقاعدة العامة فى الشريعة أن لاعقاب على النائم ، لقول النبى عليه الصلاة والسلام: «رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصغير حتى يبلغ، وعن المجنون حتى يفيق » وإذا كان الحديث قد جمع بين حالة النوم وحالة الجنون وجعل حكمهما واحداً إلا أن الفقهاء يلحقون حالة النوم بالإكراه ولا يلحقونها بالجنون ، ولعل الحكمة فى هذا هى أن النائم المتيقظ يتمتع بالإدراك و إنما يفقد فقط الاختيار ، فهو يعمل مايعمل دون أن يقصد عمله ، وهو وقت العمل لا يفقد إدراكه بدليل أنه لايأتى أعماله اعتباطاً ويميز بين الضار والنافع ولا يأتى أعمالا تضر به.

وشراح القانون الوضعى يتكلمون عن هذه الحالة إذا تكلموا عن الجنون على أساس أن النائم يكون فاقد الإدراك والاختيار معا ، وأن ميوله هى التى تحرك عضلاته دون أن يرى ما يفعل ببصره أو بعقله .

ويلوح لى أن إلحاق هذه الحالة بالإكراه أقرب للمنطق من إلحاقها بالجنون

حتى لو صح أن النائم يفقـد إدراكه أيضا ؛ لأن المـكره مع تمتعه بالإدراك والإرادة لا يعمل بعقله ولا بإرادته وإنما يعمل مدفوعا بإرادة غيره وعقل غيره ، وقد تحركه قوة مادية خارجية فلا يغنى عنه عقله ولا إرادته شيئا ، والنائم المتيقظ أشبه شيء بالمـكره فهو متمتع بالإدراك والاختيار ولـكنهما لا يغنياه شيئا وقت الحركة النومية .

وليس ثمة فرق عملى بين الشريعة والقوانين الوضعية فى هذه المسألة بالرغم مما ذكرنا ؛ لأن الإكراه فى الشريعة يرفع العقوبة وكذلك الجنون ، وحكم الإكراه والجنون فى القوانين الوضعية أنهما يرفعان أيضاً العقوبة ، فسواء اعتبرنا النائم مكرها أو مجنونا فهو غير معاقب على ما يأتيه من جرائم أثناء نومه .

٤٢٣ — التنويم المغناطيسى : هو حالة من حالات النوم الصناعى يقع فيها شخص بتأثير آخر بحيث يصبح النائم تحت تأثير المنوم يفعل كل ما يأمره بفعله سواء وقت النوم أو بعد اليقظة ، وينفذ النائم عادة هذه الأوامر بشكل آلى فلا يشعر بما فعل تلبية للأمر الصادر إليه إذا أتى الفعل أثناء النوم ، ولا يستطيع مقاومة إيحاء الآمر إذا أتى الفعل بعد اليقظة . ولم يعرف بعد بصفة قاطعة الكيفية التى يسيطر بها المنوم على النائم وإن كان بعض الأطباء يرى أن النائم يستطيع أن يقاوم الإيحاء الإجرامى .

وإذا طبقنا قواعد الشريعة على هذه الحالة وجب أن نلحقها بحالة النوم الطبيعى ، ومن ثم يكون النائم مكرها ويرتفع عنه العقاب للإكراه إذا ارتـكب جريمة من الجرائم التى يرفع فيها الإكراه العقاب ، والواقع أنه يصعب إلحاق التنويم المغناطيسى بالجنون ؛ لأن النوم الصناعى الذى يقع فيه النائم لا يسلبه الإدراك وإنما يسلبه فقط الاختيار .

وآراء أغلب شراح القوانين تتفق مع الشريعة فى اعتبار التنويم المغناطيسى

إكراها وإن كانوا يتكلمون عنه عادة بمناسبة الكلام على الجنون .

هذا هو حكم التنويم المغناطيسى إذا كان النائم قد نام مرغما أو قبل أن ينام وهو لا يفكر فى ارتكاب الجريمة ، أما إذا كان النائم يعلم أن المنوم يقصد من تنويمه أن يوحى إليه بارتكاب جريمة أو يشجعه على ارتكابها ثم قبل أن ينام فإن النائم فى هذه الحالة يعتبر متعمداً ارتكاب الجريمة ، وما كان التنويم إلا وسيلة من الوسائل التى تساعده على ارتكابها ، فهو مسئول عن فعله طبقا لقواعد المسئولية العامة ، وفى هذا تتفق الشريعة الاسلامية مع القوانين الوضعية تمام الاتفاق .

٤٢٤ - **هياج العواطف** : إذا كان الإنسان متمتعا بالادراك والاختيار ثم ارتكب جريمة فهو مسئول عنها جنائيا ولو كان قد ارتكب الجريمة تحت تأثير عاطفة قوية ، ويستوى أن تكون العاطفة شريفة أو دنيئة ، فمن دفعه حب الانتقام أو شدة الكراهية لقتل شخص فهو مسئول عن قتله ، ومن دفعه الحب الشديد لقتل إنسان ليخلصه من آلامه الشديدة فهو مسئول أيضا عن قتله ، فالعواطف القوية مهما بلغت قوتها لا أثر لها على المسئولية الجنائية ، وإنما قد يكون لها فى الشريعة أثر فى العقوبة إذا كانت العقوبة تعزيرا ، أما إذا كانت حدا فلا أثر للعاطفة على المسئولية ولا على العقوبة .

والغضب الشديد أو الاستفزاز لا تعتبره الشريعة مبرراً لارتكاب الجريمة ولا مانعا من المسئولية الجنائية ، وإنما قد يكون لهما أثر على العقوبة إذا كانت تعزيرا ، فإن كانت العقوبة حدا فلا أثر للغضب أو الاستفزاز عليها .

ولكن الخوف الشديد من الاعتداء قد يرفع المسئولية الجنائية إذا كان الإنسان فى حالة دفاع شرعى أو فى حالة إكراه .

ويرى بعض الفقهاء إعفاء قاتل الزانى غير المحصن من العقوبة إذا قتل فى حالة التلبس على أساس أنه كان فى حالة استفزاز وتهيج ، ولكن الرأى الراجح

أن علة القتل هى تغيير المنكر وأن من يغير المنكر يؤدى واجباً عليه فالفعل مباح له [1] .

هذا هو أثر العواطف القوية على المسئولية الجنائية فى الشريعة الإسلامية ، والقاعدة العامة فى القوانين الوضعية أن العواطف مهما بلغت من القوة لا أثر لها على المسئولية الجنائية ، ولكنها قد تصلح عذراً لتخفيف العقوبة إذا رأى القاضى ذلك . على أن بعض القوانين تجعل من حالة الاستفزاز عذراً قانونياً كالقانون الفرنسى فإنه يجعل الاستفزاز عذراً قانونياً فى جرائم القتل والضرب وكالقانون المصرى يجعل التلبس بالزنا عذر للزوج الذى يقتل زوجته ومن يزنى بها.

٤٢٥ ـ حكم الجنون : يختلف حكم الجنون بحسب ما إذا كان معاصراً للجريمة أو لاحقا لها .

٤٢٦ ـ حكم الجنون المعاصر للجريمة : يترتب على الجنون المعاصر للجريمة رفع العقوبة عن الجانى لانعدام الإدراك فيه . فالجنون لا يبيح الفعل المحرم وإنما يرفع عقوبته عن الفاعل ، وهذا الحكم متفق عليه بين فقهاء الشريعة ، ولا تختلف الشريعة فى هذا عن القوانين الوضعية الحديثة ، فكلها على أن الجنون يمنع عقوبة الفاعل ولكنه لا يبيح الفعل ، ونص القانون المصرى صريح فى هذا ، فهو يقضى بأن لا عقاب على من يكون فاقد الشعور أو الاختيار فى عمله وقت ارتكاب الفعل إما لجنون أو عاهة فى العقل [2] .

مسئولية المجنون المدنية : وإعفاء المجنون ومن فى حكمه من العقوبة الجنائية لا يعفيه من المسئولية المدنية عن فعله ؛ لأن الأموال والدماء معصومة ، ولأن

---

(١) تبصرة الحكام ج ٢ ص ١٦٩ ـ البحر الرائق ج ٥ ص ٤٠ ، ٤١ ـ المغنى ج ١٠ ص ٣٥٣ وما بعدها .

(٢) المادة ٦٢ من قانون العقوبات .

الأعذار الشرعية لا تبيح عصمة المحل ، فإذا كان الجانى له من الأعذار ما يمنع عنه العقوبة فإن هذه الأعذار لا تؤثر على حق الغير فى تعويض الأضرار التى سببها له الجانى بفعله ؛ لأن الفعل يظل محرماً على الفاعل ، وإذا كان الجنون لايجعل الجانى أهلا للعقوبة فإنه لاينفى عن الجانى أهليته لتملك الأموال والتصرف فيها وما دامت هذه الأهلية متوفرة فيه فقد وجب أن يتحمل المسئولية المدنية وهى مسئولية مالية .

مدى مسئولية المجنون المدنية : من المتفق عليه بين الفقهاء أن المجنون ضامن لأفعاله أى مسئول عنها مدنياً ، فهو ملزم بتعويض ما ينشأ عن جريمته من ضرر تعويضاً كاملا ما دام الضرر ناشئاً عن عمله . ومع تسليم الفقهاء بهذه القاعدة العامة فإنهم اختلفوا فى مدى مسئولية المجنون المدنية فى جرائم القتل والجرح . وأساس اختلافهم فى هذه المسألة هو اختلافهم فى تكييف جرائم المجنون، فمالك وأبو حنيفة وأحمد يرون أن عمد المجنون خطأ ؛ لأنه لا يمكن أن يقصد الفعل قصداً صحيحاً ، وإذا لم يكن فعله مقصوداً فهو ليس عمداً وإنما خطأ [١] . أما الشافعى فيرى أن عمد المجنون عمد لا خطأ ، وأن الجنون يعفيه من العقوبة فقط ولا يؤثر على تكييف الفعل ؛ لأنه يأتيه مريداً له وإن كان لا يدركه إدراكاً صحيحاً [٢] .

وللاختلاف على تكييف فعل المجنون أثره على التعويض الذى يلزم به المجنون ؛ لأن الدية فى جرائم العمد مغلظة ويحملها العامد فى ماله الخاص ، ولكن الدية فى جرائم الخطأ مخففة وتحملها العاقلة مع الجانى أو عنه . ولما كان التعويض فى جرائم القتل والجرح مقدراً بالدية فإنه يأخذ حكمها ، ولذلك جعل الشافعى التعويض فى مال المجنون لما اعتبره عامداً ؛ لأن المتعمد يحمل الدية فى ماله ،

---

(١) مواهب الجليل جـ٦ ص٢٤٢ ـ بدائع الصنائع جـ٧ ص٢٣٦ ـ المغنى جـ٩ ص٣٧٥ .

(٢) الأم جـ ٦ ص ٣٤ .

أما بقية الأئمة فجعلوا التعويض على المجنون وعاقلته ؛ لأنهم اعتبروه مخطئا لا عامدا ولو جعلوا التعويض كله فى ماله مع اعتباره مخطئا لـكان مركز المجنون فى جرائم القتل والجرح أسوأ من مركز العاقل المخطىء ؛ لأن العاقل المخطىء لا يلزم إلا بالدية تحملها معه العاقلة .

٤٢٧ - مقارنة بين الشريعة والقانون :- يختلف القـانون المصرى والقانون الفرنسى عن الشريعة فى هذه المسألة ، فكلاهما لا يجعل المجنون مسئولا مدنيا عن جرائمه ولـكنه يحمل المسئولية الشخص المكلف بملاحظة المجنون باعتبار أنه أهمل فى ملاحظته ، ويعللون عدم مسئولية المجنون مدنيا بأنه فاقد الشعور والاختيار وأن كل مسئولية تقتضى وجود خطأ ولا خطأ إذا لم تـكن هناك إرادة . وليس للمسئول عن ملاحظة المجنون أن يرجع على المجنون بما سببه له من المسئولية بفعله ، ولو أن القاعدة العامة أن المسئول عن غيره له أن يرجع على هذا الغير[1] ، ويعللون هذا الحـكم بأن الخطأ خطأ المسئول عن ملاحظة المجنون؛ لأنه مكلف بملاحظته والإشراف عليه وحمايته من أعماله الضارة وهو تعليل فيه شىء من التعسف

ونصوص القانون المصرى والفرنسى فى المسئولية المدنية تقوم على النظرية التقليدية نظرية الخطأ **La faute** ، ولـكن هناك نظرية أخرى حديثة هى نظرية الخطر **La thèorie du risque** تحاول أن تزحزح النظرية التقليدية عن مكانها، ومقتضى نظرية الخطر أن المجنون يسأل مدنيا عن تعويض الأضرار التى أحدثها من ماله الخاص ، وقد طبق القانون الألمانى والقانون السويسرى نظرية الخطر، فالقانون الألمانى يلزم المجنون بتعويض ما أحدثه من ضرر فى حدود مقدرته على دفع التعويض ، والقانون السويسرى يبيح للقاضى أن يحكم على غير المسئول

---

(١) المسئولية المدنية لمصطفى مرعى ص ١٥٣ .

جنائياً بتعويض الضرر الذى أحدثه تعويضاً كلياً أوجزئياً، بل إن القانونين الألمانى والسويسرى يذهبان إلى مسئولية المجنون جنائياً ومدنياً إذا كان الفعل الذى أتاه من الأفعال التى يعاقب فيها على الإهمال أو عدم التبصر، كأن يكون جنونه ناشئاً عن عادات سيئة كتعاطى المسكرات أو ناشئاً عن فساد الأخلاق. وذلك لأنه يوجد فى هذه الحالة خطأ أصلى يصح أن ينسب إلى الفاعل ويكفى لتبرير مسئوليته[1].

وظاهر مما سبق أن نظرية الخطر وهى أحدث النظريات تتجه اتجاه الشريعة فى مسئولية المجنون مدنياً بل هى نفس نظرية الشريعة، وإذا كانت القوانين الوضعية لم تعرف نظرية الخطر إلا فى القرن العشرين فقد عرفتها الشريعة من ثلاثة عشر قرناً وأكثر.

٤٢٨ - حكم الجنون اللاحق للجريمة: الجنون اللاحق للجريمة إما أن يحدث قبل الحكم أو بعده: -

الجنون قبل الحكم: إذا حدث الجنون قبل الحكم فإنه لا يمنع المحاكمة ولا يوقفها عند الشافعية والحنابلة، وحجتهم أن التكليف لا يشترط إلا وقت ارتكاب الجريمة، وليس فى رأيهم هذا ما يسىء إلى مركز المجنون؛ لأن محاكمة المجرمين فى الشريعة محوطة بضمانات قوية، ولعل أصحاب هذا الرأى كانوا متأثرين فى رأيهم بالمنطق والواقع أكثر من أى شىء آخر، فالمجرم قد ارتكب جريمته واستحق العقوبة عليها فإذا جن فإن جنونه لا يمنع من محاكمته على جريمته ما دام هناك من الوسائل ما يوصل إلى الحقيقة؛ لأن أثر الجنون ينحصر فى إعجاز المتهم عن الدفاع عن نفسه، والقاعدة أن العجز عن الدفاع لا يوقف المحاكمة ولا يمنعها، فالأبكم ومن فقد النطق بعد ارتكاب الجريمة ومن لا يكاد يبين كل هؤلاء عاجزون عن الدفاع عن أنفسهم ولا يمنع عجزهم من محاكمتهم، فليس إذن

---

(١) الموسوعة الجنائية جـ ٣ ص ٦٢٩ .

مما يدعو لتمييز المجنون على هؤلاء و إيقاف محاكمته بحجة أنه عاجز عن الدفاع عن نفسه ؛ لأنهم مثله من حيث عجزهم عن الدفاع ولم يقل أحد بإيقاف محاكمتهم أو امتناعها .

أما المالكية والحنفية فيرون أن الجنون فمل الحكم يمنع المحاكمة و يوقفها حتى يزول الجنون ، وأساس هذا الرأى أن شرط العقوبة التكليف ، وأن هذا الشرط يجب توفره وقت المحاكمة وهذا يقتضى أن يكون الجانى مكلفا وقت المحاكمة فإن لم يكن كذلك امتنعت محاكمته .

ويتفق القانون المصرى والقانون الفرنسى مع رأى المالكية والحنفية فى إيقاف محاكمة المجنون ، ولكن القانونين يجعلان علة الإيقاف عجز المجنون عن الدفاع عن نفسه ، وهذه العلة ظاهرة فى نص المادة ٢٤٧ من قانون تحقيق الجنايات المصرى حيث جاء بها « إذا كان المتهم غير قادر على الدفاع عن نفسه بسبب عاهة فى عقله فلا يحاكم حتى يعود إليه من الرشد ما يكفى لدفاعه عن نفسه و إذا اتضح عجزه عن الدفاع عن نفسه أمام المحكمة وجب إيقاف محاكمته على الوجه المتقدم » .

وعلة إيقاف المحاكمة فى الشريعة عند القائلين بالإيقاف ليست عن عجز المجنون عن الدفاع و إنما هى عدم استيفاء شرط العقاب ، ولعل هذا التعليل أدق منطقا من تعليل الإيقاف بالعجز عن الدفاع ؛ لأن القانون المصرى والقانون الفرنسى لا يوقفان محاكمة الأخرس ولا الأصم ولا الأبكم ولا من فقد النطق بعد ارتكاب الجريمة مع أنهم عاجزون عن الدفاع عن أنفسهم تماما كالمجنون ، فضلا عن أن حالاتهم أكثر طروءاً فى العمل من حالة المجنون .

الجنون الطارىء بعد الحكم : إذا جن الجانى بعد الحكم عليه فيرى الشافعى وأحمد أن الجنون لا يوقف تنفيذ الحكم إلا إذا كانت الجريمة المحكوم فيها من جرائم الحدود وكان دليل الإثبات الوحيد الذى بنى عليه الحكم هو الإقرار ؛ لأن للمحكوم عليه فى جرائم الحدود أن يرجع عن إقراره إلى وقت تنفيذ العقوبة

وبعد البدء فى التنفيذ . فإذا رجع فى إقراره أوقف التنفيذ لاحتمال أن يكون عدوله عن إقراره صحيحا ، ولما كان الجنون يمنع المحكوم عليه من الرجوع فى إقراره وكان من حقه أن يرجع فى إقراره تعين إيقاف التنفيذ حتى يفيق المجنون. أما إذا كان الحكم قائما على دليل آخر غير الإقرار فلا يوقف الرجوع عن الإقرار تنفيذ الحكم . وأساس هذا الرأى أن العقوبة عن جريمة ارتكبها مجرم مسئول وقت ارتكابها ، وأن العبرة فى الحكم بالعقوبة وتنفيذها إنما هى بحال المكلف وقت ارتكاب الجريمة لا قبل ذلك ولا بعده(١)

ويمكن تعليل هذا الرأى أيضا بأن العقوبة شرعت للتأديب والزجر ، فإذا تعطل جانب التأديب بجنون المحكوم عليه لأنه لا يشعر بالتأديب فلا ينبغى تعطيل جانب الزجر ؛ لأن مصلحة الجماعة ظاهرة فى تنفيذ العقوبة لزجر الغير .

وفى مذهب مالك يرون أن الجنون يوقف تنفيذ الحكم ، ويظل الحكم موقوفا حتى يفيق المجنون إلا إذا كانت العقوبة قصاصا فإنها على رأى البعض تسقط باليأس من إفاقة المجنون وتحل محلها الدية ، ولكن البعض الآخر يرى فى حالة اليأس من إفاقة المجنون أن يسلم المجنون المحكوم عليه بالقصاص لأولياء الدم فإن شاءوا اقتصوا وإن شاءوا أخذوا الدية (٢).

ويرى أبو حنيفة إيقاف تنفيذ العقوبة على المجنون إلا إذا كان الجنون قد طرأ بعد تسليم المجنون للتنفيذ عليه ؛ لأن هذا يعتبر بدءاً فى التنفيذ وإذا بدأ التنفيذ فلا يوقف للجنون . وإذا كانت العقوبة قصاصا فجن الجانى بعد الحكم عليه وقبل تسليمه للتنفيذ عليه فإن القصاص ينقلب بالجنون دية استحسانا(٣).

ويقوم القول بأن الجنون يوقف التنفيذ على أساسين أولها:أن شرط العقوبة

---

(١) تحفة المحتاج ج ٤ ص ١٩ - المغنى ج ٩ ص ٣٧٧ - الإقناع ج ٤ ص ٢٤٤ .
(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٣٢ .
(٣) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤٧٠ .

تـكليف المعاقب أى صلاحيته لأن يكون مسئولا مسئولية جنائية ، والعقوبة لا تـكون إلا بالقضاء أى بالحـكم بها فوجب أن يتحقق شرط العقوبة وهو التـكليف وقت المحاكمة والحـكم . ثانيهما ـ أن الاستيفاء من تمام القضاء ، أى إن تنفيذ المحـكوم به يعتبر متمما للتقاضى ، وإذا كان من شرط المحاكمة أن يكون الجانى مكلفا فيجب أن يكون كذلك وقت التنفيذ ؛ لأن التنفيذ مكمل للمحاكمة، فإذا سلم الجانى للتنفيذ عليه فيعتبر أن التنفيذ قد تم بهذا التسليم .

والقانون المصرى والفرنسى يطبقان النظريتين الإسلاميتين معا ، حيث تقضى نصوص القانونين بمنع تنفيذ العقوبة على من جن بعد صدور حكم نهائى عليه إذا كانت العقوبة هى الإعدام أو عقوبة مقيدة للحرية ، أما العقوبات المالية فتنفذ على ماله ولـكنها لا تنفذ عليه بطريق الإكراه البدنى . ومنع تنفيذ العقوبات البدنية تطبيق لنظرية مالك وأبى حنيفة ، وإباحة تنفيذ العقوبات المالية تطبيق لنظرية الشافعى وأحمد

الفرع الرابع

صغر السن

٤٢٩ ـ تمهيد : تعتبر الشريعة الإسلامية أول شريعة فى العالم ميزت بين الصغار والـكبار من حيث المسئولية الجنائية تمييزاً كاملا ، وأول شريعة وضعت لمسئولية الصغار قواعد لم تتطور ولم تتغير من يوم أن وضعت ولـكنها بالرغم من مضى ثلاثة عشر قرنا عليها تعتبر أحدث القواعد التى تقوم عليها مسئولية الصغار فى عصرنا الحاضر .

ولقد بدأت القوانين الوضعية تأخذ ببعض المبادىء التى وضعتها الشريعة لمسئولية الصغار بعد الثورة الفرنسية ، ثم أخذت تتطور باستمرار بتأثير تقدم

العلوم الطبية والنفسية ، ولكن القوانين الوضعية بالرغم من تطورها تطوراً عظيما لم تأت بعد بجديد لم تعرفه الشريعة الإسلامية .

ولا نستطيع أن نتصور مدى فضل الشريعة الإسلامية إلا إذا عرفنا ما كانت عليه حالة الصغار فى القوانين القديمة التى كانت تعاصر الشريعة عند نزولها،وأهم هذه القوانين القديمة هو القانون الرومانى أساس القوانين الأوربية الحديثة ،فهذا القانون كان بحق أرقى القوانين الوضعية كافة ، ولكنه لم يميز بين مسئولية الصغار والكبار إلا إلى حد محدود ، فقد كان يميز بين الطفل فى سن السابعة ومابعدها و يجعل الصغير مسئولا جنائيا إذا زاد سنه عن سبع سنوات ، ولايجعله مسئولا إذا قل سنه عن سبع سنوات إلا إذا كان قد ارتكب الجريمة بنية الإضرار بالغير ففى هذه الحالة يكون مسئولا جنائيا عن عمله ، وشتان بين هذا وبين ما جاءت به الشريعة الإسلامية .

٤٣٠ - الصغر والمسئولية الجنائية . تقوم المسئولية الجنائية فى الشريعة الاسلامية كما بينا من قبل على عنصرين أساسيين . هما الإدراك والاختيار،ولهذا تختلف أحكام الصغار باختلاف الأدوار التى يمر بها الإنسان من وقت ولادته إلى الوقت الذى يستكمل فيه ملكتى الإدراك والاختيار . والانسان حين يولد يكون عاجزاً بطبيعته عن الادراك والاختيار، ثم تبدأ ملكتا الادراك والاختيار فى التكوين شيئا فشيئاحتى يأتى على الانسان وقت يستطيع فيه الادراك إلى حد ما ولكن إدراكه يكون ضعيفا وتظل ملكاته تنمو حتى يتكامل نموه العقلى . وعلى أساس هذا التدرج فى تكوين الادراك وضعت قواعد المسئولية الجنائية، ففى الوقت الذى ينعدم فيه الادراك تنعدم المسئولية الجنائية ، وفى الوقت الذى يكون فيه الادراك ضعيفا تكون المسئولية تأديبية لا جنائية ، وفى الوقت الذى يتكامل فيه الادراك يكون الانسان مسئولا جنائيا .

و يتبين مماسبق أن المراحل التى يجتازها الانسان من يوم ولادته حتى بلوغه سن الرشد ثلاث مراحل : الأولى : مرحلة انعدام الإدراك ويسمى الانسان فيها

بالصبي غير المميز . الثانية : مرحلة الإدراك الضعيف و يسمى الإنسان فيها بالصبي المميز . الثالثة : مرحلة الإدراك التام ويسمى الإنسان فيها بالبالغ والراشد

٤٣١ - المرحلة الأولى : انعدام الادراك : تبدأ هذه المرحلة بولادة الصبي وتنتهى ببلوغه السابعة اتفاقا ، وفى هذه المرحلة يعتبر الادراك منعدما فى الصبي و يسمى بالصبي غير المميز ، والواقع أن التمييز ليس له سن معينة يظهر فيها أو يتكامل بتمامها فالتمييز قد يظهر فى الصبي قبل بلوغ السابعة وقد يتأخر عنها تبعاً لاختلاف الأشخاص واختلاف بيئاتهم واستعدادهم الصحى والعقلى ، ولكن الفقهاء حددوا مراحل التمييز أى الادراك بالسنوات حتى يكون الحكم واحد للجميع ناظرين فى ذلك إلى الحالة الغالبة فى الصغار ، وقد كان هذا التحديد ضروريا لمنع اضطراب الأحكام ، ولأن جعل التمييز مشروطاً بسن معينة يمكن القاضى أن يعرف بسهولة إن كان الشرط تحقق أم لا ؛ لأن هذا الشرط وصف محسوس يسهل ضبطه والتعرف عليه .

و يعتبر الصبي غير مميز مادام لم يبلغ سنه سبع سنوات ولو كان أكثر تمييزاً ممن بلغ هذه السن ؛ لأن الحكم للغالب وليس للأفراد ، وحكم الغالب أن التمييز يعتبر منعدما قبل بلوغ سن السابعة ، فإذا ارتكب الصغير أية جريمة قبل بلوغه السابعة فلا يعاقب عليها جنائياً ولا تأديبياً . فهو لا يحد إذا ارتكب جريمة توجب الحد ولا يقتص منه إذا قتل غيره أو جرحه ولا يعزر .

ولكن إعفاءه من المسئولية الجنائية لا يعفيه من المسئولية المدنية عن كل جريمة يرتكبها ، فهو مسئول فى ماله الخاص عن تعويض أى ضرر يصيب به غيره فى ماله أو نفسه ، ولا يرفع عنه انعدام التمييز المسئولية المدنية كما يرفع المسئولية الجنائية ؛ لأن القاعدة الأصيلة فى الشريعة الاسلامية أن الدماء والأموال معصومة أى غير مباحة ، وأن الأعذار الشرعية لا تنافى هذه العصمة أى أن الأعذار لا تهدر الضمان ولا تسقطه ولو أسقطت العقوبة .

٤٣٢ - **المرحلة الثانية: الادراك الضعيف** : تبدأ هذه المرحلة ببلوغ الصبى السابعة من عمره وتنتهى بالبلوغ ، ويحدد عامة الفقهاء سن البلوغ بخمسة عشر عاماً فإذا بلغ الصبى هذه السن اعتبر بالغاً حكما ولو كان لم يبلغ فعلا .

ويحدد أبوحنيفة شخصياً سن البلوغ بثمانية عشر عاماً ، وفى قول بتسعة عشر عاماً للرجل وسبعة عشر عاماً للمرأة ، والرأى المشهور فى مذهب مالك يتفق مع رأى أبى حنيفة إذ يحدد أصحابه سن البلوغ بثمانية عشر عاماً ، بل إن بعضهم يرى أن يكون تسعة عشر عاما .

وفى هذه المرحلة لايسأل الصبى المميز عن جرائمه مسئولية جنائية ، فلا يحد إذا سرق أو زنا مثلا ، ولا يقتص منه إذا قتل أو جرح ، وإنما يسأل مسئولية تأديبية فيؤدب على ما يأتيه من الجرائم ، والتأديب وإن كان فى ذاته عقوبة على الجريمة إلا أنه عقوبة تأديبية لا جنائية ، ويترتب على اعتبار العقوبة تأديبياً أن لايعتبر الصبى عائداً مهما تكرر تأديبه ، وأن لايوقع عليه من عقوبات التعزير إلا ما يعتبر تأديبياً كالتوبيخ والضرب .

ويسأل الصبى المميز مدنيا عن أفعاله ولو أنه لايعاقب عليها بعقوبة جنائية للأسباب التى ذكرناها من قبل عند الكلام على الصبى غير المميز

٤٣٣ - **المرحلة الثالثة** : مرحلة الادراك التام : وتبدأ ببلوغ الصبى سن الرشد ، أى بلوغه العام الخامس عشر من عمره على رأى عامة الفقهاء ، أو ببلوغه العام الثامن عشر على رأى أبى حنيفة ومشهور مذهب مالك .

وفى هذه المرحلة يكون الانسان مسئولا جنائيا عن جرائمه أيا كان نوعها ، فيحد إذا أزنا أوسرق ، ويقتص منه إذا قتل أوجرح ، ويعزر بكل أنواع التعازير.

٤٣٤ - **علة اختلاف الفقهاء فى تحديد سن البلوغ** : الأصل عند الفقهاء جميعا فى تحديد سن البلوغ قوله عليه الصلاة والسلام : « رفع القلم عن ثلاثة :

الصبي حتى يحتلم ، والنائم حتى يستيقظ ، والمجنون حتى يفيق » ومعنى رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم هو جعل الاحتلام غاية لارتفاع الخطاب ، والأصل أن الخطاب بالبلوغ ، فدل الحديث على أن البلوغ يثبت بالاحتلام ؛ لأن البلوغ والادراك عبارة عن بلوغ المرء كمال الحال ، وذلك بكمال القدرة والقوة على استعمال سائر الجوارح السليمة ، وهذا يتحقق عن الكمال عند الاحتلام .

وإذا كان البلوغ بالاحتلام فإن بلوغ الغلام يعرف بالاحتلام والإحبال والانزال ، وبلوغ الجارية يعرف بالحيض والاحتلام والحبل ، ولما كانت هذه العلامات قد تتقدم وقد تتأخر فقد رؤى أى يحدد البلوغ بالسن ، فحدده أغلب الفقهاء بخمسة عشر عاما للغلام والجارية جميعا ، وحجتهم أن المؤثر فى الحقيقة هو العقل وهو الأصل فى المسئولية وبه قوام الأحكام ، وإنما جعل الاحتلام حداً للبلوغ شرعا لكون الاحتلام دليلا على كمال العقل ، والاحتلام لا يتأخر عادة عن خمس عشرة سنة ، فإذا لم يحتلم إنسان حتى هذه السن فذلك يرجع لآفة فى خلقته ، والآفة فى الخلقة لا توجب آفة فى العقل ، فكان العقل دائما بلا آفة ووجب اعتبار الشخص بالغا تلزمه الأحكام .

أما من يحددون البلوغ بثمانية عشر عاما أو بتسعة عشر عاما فحجتهم أن الشرع علق الحكم والخطاب بالاحتلام فوجب بناء الحكم عليه ، ولا يرتفع الحكم عنه مالم يتيقن بعدمه ويقع اليأس عن وجوده ، وإنما يقع اليأس بهذه المدة ؛ لأن الاحتلام إلى هذه المدة متصور فى الجملة فلا يجوز إزالة الحكم الثابت بالاحتلام عنه مع الاحتمال ، أى أنه مادام الاحتلام مرجوا وجب الانتظار ولا يأس بعد خمس عشرة سنة إلى ثمانى عشرة أو تسع عشرة بل هو مرجو فلا يقطع الحكم الثابت بالاحتلام عنه مع رجاء وجوده ، بخلاف مابعد هذه المدة فإنه لا يحتمل وجوده بعدها فلا يجوز اعتباره فى زمان اليأس عن وجوده[١] .

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٧١ ، ١٧٢ .

ويتبين مما سبق أن الفريق الأول يرون أن علامات البلوغ تظهر عادة فى سن الخمس عشرة فحددوا البلوغ بهذه السن التي يغلب فيها ظهور علاماته، أما الفريق الآخر فإنهم يرون أن علامات البلوغ يتأخر ظهورها عادة إلى سن الثمانى عشرة أو التسع عشرة فوجب أن يحدد البلوغ بهذه السن التى يتأخر إليها ظهور علامات البلوغ ، ويرى أبوحنيفة أن أصول الشريعة تجرى على رأيه فحكم الحيض مثلا لازم فى حق الكبيرة ولو انقطع عنها الحيض ويجب الانتظار لمدة اليأس لاحتمال عود الحيض ، والتفريق بين العنين وزوجته لايجوز مادام طمع الوصول إليها فى فصول السنة المختلفة ثابتا فإذا انقضت السنة وهو على حاله وقع اليأس وجاز الحكم بالتفريق ، وكذلك أمر الله بدعاء الكفار إلى الاسلام حتى يقع اليأس من قبولهم فإذا لم يقع اليأس فلا يباح قتالهم .

٤٣٥ - عقوبة الصبى غير المميز: عقوبة الصبى غير المميز هى كما قلنا عقوبة تأديبية خالصة وليست عقوبة جنائية ؛لأن الصبى ليس من أهل العقوبة.

ولم تحدد الشريعة نوع العقوبات التأديبية التى يمكن توقيعها على الصبيان وتركت لولى الأمر أن يحددها على الوجه الذى يتراءى له ، ومن المسلم به لدى الفقهاء أن التوبيخ والضرب من العقوبات التأديبية .

وترك تحديد العقوبات التأديبية لولى الأمر يمكن من اختيار العقوبة الملائمة للصبى فى كل زمان ومكان ، فيجوز لولى الأمر أن يعاقب بالضرب أو التوبيخ ، أو التسليم لولى الأمر أو لغيره ، أو بوضع الصبى فى إصلاحية أو فى مدرسة ، أو بوضعه تحت مراقبة خاصة ، إلى غير ذلك من الوسائل التى تؤدى إلى تأديب الصبى وتهذيبه ، وإبعاده عن الوسط الذى يعيش فيه .

واعتبار العقوبة تأديبية لاجنائية يؤدى إلى عدم اعتبار الصبى بعد بلوغه عائداً بما عوقب به من قبل البلوغ ، وهذا مما يساعده على سلوك الطريق السوى ويمهد لنسيان الماضى .

٤٣٦ - القوانين الوضعية والصبيان : تأخذ القوانين الوضعية عامة بما أخذت به الشريعة من حيث اختلاف مسئولية الأحداث باختلاف أعمارهم ، والرأى الغالب فى هذه القوانين هو تقسيم الأحداث إلى أنواع بحسب السن ، وأن الحدث يمر بثلاثة أدوار مميزة عن بعضها تمييزا كافيا ولو أنه يصعب تحديد كل منها تحديدا دقيقا ، ففى الدور الأول يكون الطفل صغيرا ويفترض فيه عدم قدرته على فهم ماهية العمل الجنائى وعواقبه ومن ثم فلا مسئولية عليه إطلاقا ، وقد حدد القانون المصرى هذا الدور بسبع سنوات وكذلك الحال فى انجلترا وفى الهند . وفى إيطاليا يعتبر الحدث غير مسئول إذا قل سنه عن تسع سنوات . وقد أخذت بلاد كثيرة بهذه القاعدة أى اعتبار الطفل غير مسئول حتى يبلغ سنا معينة . وفى الدور الثانى يستطيع الطفل أن يعلم بأن ما يفعله محظور ولكنه لم يبلغ من العلم والتجربة ما يكفى لفهم موقعه إزاء القانون وتقدير نتائج أعماله حق التقدير ولهذا فقد أجمعت القوانين الوضعية على أن تعاقب الصغار فى هذا الدور بعقوبات تتلاءم مع حالتهم ، وهذه العقوبات إما عقوبات خاصة تتلاءم مع حالة الأحداث وإما العقوبات العادية مخففة . والنهاية القصوى للدور الثانى خمس عشرة سنة فى مصر واثنتا عشرة سنة فى الهند والسودان وأربع عشرة فى انجلترا وإيطاليا وست عشرة سنة فى فرنسا . وفى الدور الثالث يكون الطفل قد بلغ من العمر ما يؤهله لفهم موقفه إزاء القانون ومن ثم يكون مسئولا عن أعماله مسئولية تامة ويعاقب عليها بالعقوبات العادية ، إلا أن بعض القوانين كالقانون المصرى لا يعاقبه بالعقوبات المفرطة فى الشدة وهى الإعدام والأشغال الشاقة ، وهذا الامتياز مقرر لمن لم يبلغ سنهم سبع عشرة سنة ، أما من بلغ هذا السن فيعاقب بكل العقوبات العادية [1] .

---

(١) راجع التعليقات على قانون العقوبات المصرى والموسوعة الجنائية ج ١ ص ٢٧٢ وما بعدها وشرح قانون العقوبات لأحمد صفوت ص ٢٨٢ وما بعدها .

ويقسم القانون المصرى الدور الثانى قسمين : فمن يزيد عمره على سبع سنوات ويقل عن اثنتى عشرة سنة كاملة لا يجوز الحكم عليه بالعقوبات العادية . وإنما يعاقب بعقوبات خاصة القصد منها إصلاحه وتأديبه وهى التوبيخ والارسال إلى الاصلاحية أو التسليم لولى الأمر أو غيره ، ومن بلغ سنه اثنتى عشرة سنة وقل عن خمس عشرة سنة يكون القاضى مخيرا بين أن يتخذ فى شأنه وسيلة من وسائل الاصلاح والتأديب التى سلف ذكرها أو أن يحكم عليه بعقوبة مخففة من العقوبات العادية .

وتجعل القوانين الوضعية الحدث مسئولا مدنيا عن أفعاله كلما كان مسئولا جنائيا ولو عوقب بغير العقوبات العادية ، وكذلك هو مسئول مدنيا عن أفعاله ولو لم يكن مسئولا جنائيا إذ ليس ثمة تعارض بين إعفائه من العقوبة لعدم بلوغه سنا معينة وبين الحكم عليه بتعويض الضرر الذى تسبب فيه بخطأه [١] .

ويتبين مما سبق أن القواعد التى وضعتها الشريعة الاسلامية لمسئولية الأحداث من ثلاثة عشر قرنا هى نفس القواعد التى تقوم عليها مسئولية الأحداث فى القوانين الوضعية الحديثة ، كما يتبين أن فى قواعد الشريعة من المرونة ما يؤهلها لأن تسبق كل القوانين ، وما يساعدها على الأخذ بكل ما أظهرت التجارب أو العلوم من وسائل الاصلاح والتهذيب المفيدة للأحداث بصفة خاصة وللجماعة بصفة عامة .

---

(١) الموسوعة الجنائية ج ٣ ص ٦٣٠ .

الكتاب الثانى

فى

العقـــوبة

٤٣٧ - *منهج البحث* : يقتضى البحث فى العقوبة أن نتكلم على

١ — العقوبة بصفة عامة والمبادىء التى تقوم عليها .

٢ — أقسام العقوبة وما يدخل تحت كل قسم من عقوبات .

٣ — تعدد العقوبات .

٤ — استيفاء العقوبات .

٥ — سقوط العقوبات

وسنخصص لكل موضوع من هذه المواضيع بابا خاصا .

الباب الأول

العقوبة — مبادىء عامة

٤٣٨ — العقوبة والغرض منها : العقوبة هى الجزاء المقرر لمصلحة الجماعة على عصيان أمر الشارع . والمقصود من فرض عقوبة على عصيان أمر الشارع هو إصلاح حال البشر ، وحمايتهم من المفاسد ، واستنقاذهم من الجهالة،وإرشادهم من الضلالة ، وكفهم عن المعاصى ، وبعثهم على الطاعة ، ولم يرسل الله رسوله للناس ليسيطر عليهم أو ليكون عليهم جبارا ، إنما أرسله رحمة للعالمين وذلك قوله تعالى : ﴿ لست عليهم بمسيطر ﴾ [الغاشية : ٢٢] وقوله : ﴿ وماأنت عليهم بجبار ﴾ [ق : ٤٥] وقوله ﴿ وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين ﴾ [الأنبياء :١٠٧] فالله أنزل شريعته للناس وبعث رسوله فيهم لتعليم الناس وإرشادهم ، وقد فرض العقاب على مخالفة أمره لحمل الناس على ما يكرهون مادام أنه يحقق مصالحهم ، ولصرفهم عما يشتهون ما دام أنه يؤدى لفسادهم ، فالعقاب مقرر لإصلاح الأفراد ولحماية الجماعة وصيانة نظامها ، والله الذى شرع لنا هذه الأحكام وأمرنا بها لا تضره معصية عاص ولو عصاه أهل الأرض جميعا ، ولا تنفعه طاعة مطيع ولو أطاعه أهل الأرض جميعا (١)

٤٣٩ — الأصول التى تقوم عليها العقوبة : ولما كان الغرض من العقوبة هو إصلاح الأفراد وحماية الجماعة وصيانة نظامها فقد وجب أن تقوم العقوبة على أصول تحقق هذا الغرض لتؤدى العقوبة وظيفتها كما ينبغى ، والأصول المحققة للغرض من العقوبة هى :

---

(١) راجع الفقرة ٤٣ .

١ — أن تكون العقوبة بحيث تمنع الكافة عن الجريمة قبل وقوعها ، فإذا ما وقعت الجريمة كانت العقوبة بحيث تؤدب الجانى على جنايته وتزجر غيره عن التشبه به وسلوك طريقه ، وفى هذا يقول بعض الفقهاء عن العقوبات : «إنها موانع قبل الفعل زواجر بعده أى العلم بشرعيتها يمنع الإقدام على الفعل وإيقاعها بعده يمنع العود إليه » [١] .

٢ — إن حد العقوبة هو حاجة الجماعة ومصلحتها ، فإذا اقتضت مصلحة الجماعة التشديد شددت العقوبة ، وإذا اقتضت مصلحة الجماعة التخفيف خففت العقوبة فلا يصح أن تزيد العقوبة أو تقل عن حاجة الجماعة [٢] .

٣ — إذا اقتضت حماية الجماعة من شر المجرم استئصاله من الجماعة أوحبس شره عنها وجب أن تكون العقوبة هى قتل المجرم أو حبسه عن الجماعة حتى يموت مالم يتب أو ينصلح حاله [٣] .

٤ — إن كل عقوبة تؤدى لصلاح الأفراد وحماية الجماعة هى عقوبة مشروعة فلا ينبغى الاقتصار على عقوبات معينة دون غيرها [٤] .

٥ — إن تأديب المجرم ليس معناه الانتقام منه ، وإنما استصلاحه ، والعقوبات على اختلاف أنواعها تتفق كما يقول بعض الفقهاء فى أنها « تأديب استصلاح وزجر يختلف بحسب اختلاف الذنب [٥] » . والعقوبات « إنما شرعت رحمة من الله تعالى بعباده فهى صادرة عن رحمة الخلق وإرادة الإحسان إليهم ، ولهذا

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٢ .

(٢) الأحكام السلطانية ص ٢٠٦ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٢ ، ٢١٥ — تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٦٠ وما بعدها — الإقناع ج ٤ ص ٢٦٨ وما بعدها .

(٣) الإقناع ج ٤ ص ٢٧١ ، ٢٧٢ — حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤٨٠ وج ٣ ص ٥٩ ، ٢٦٠ — اختيارات ابن تيمية ص ١٧٨ وما بعدها .

(٤) المراجع السابقة .

(٥) الأحكام السلطانية ص ٢٠٥ ، ٢٠٦ .

ينبغى لمن يعاقب الناس على ذنوبهم أن يقصد بذلك الإحسان إليهم والرحمة لهم كما يقصد الوالد تأديب ولده ، وكما يقصد الطبيب معالجة المريض » [(١)] .ويلاحظ فى التأديب أنه يختلف باختلاف الأشخاص ، فتأديب أهل الصيانة أخف من تأديب أهل البذاء والسفاهة لقول النبى عليه الصلاة والسلام: « أقيلوا ذوى الهيئات عثراتهم » [(٢)] ولأن المقصود من التأديب الزجر عن الجريمة وأحوال الناس مختلفة فيه فمنهم من ينزجر بالصيحة ومنهم من يحتاج إلى اللطمة وإلى الضرب ومنهم من يحتاج إلى الحبس » [(٣)] .

٤٤٠ - نظرية الشريعة فى العقاب : يلاحظ أن الأصول التى تقوم عليها العقوبة فى الشريعة ترجع إلى أصلين أساسيين أو مبدأين عامين ، فبعضها يعنى بمحاربة الجريمة ويهمل شخصية المجرم ، وبعضها يعنى بشخصية المجرم ولا يهمل محاربة الجريمة ، والأصول التى تعنى بمحاربة الجريمة الغرض منها حماية الجماعة من الإجرام ، أما الأصول التى تعنى بشخص المجرم فالغرض منها إصلاحه .

ولا جدال فى أن بين المبدأين تضارب ظاهر ؛ لأن حماية الجماعة من المجرم تقتضى إهمال شأن المجرم ، كما أن العناية بشأن المجرم تؤدى إلى إهمال حماية الجماعة.

وقد قامت نظرية العقوبة فى الشريعة على هذين المبدأين المتضاربين، ولكن الشريعة جمعت بين المبدأين بطريقة تزيل تناقضهما الظاهر، وتسمح بحماية المجتمع من الإجرام فى كل الأحوال وبالعناية بشخص المجرم فى أكثر الأحوال ذلك أن الشريعة أخذت بمبدأ حماية الجماعة على إطلاقه واستوجبت توفره فى كل العقوبات المقررة للجرائم، فكل عقوبة يجب أن تكون بالقدر الذى يكفى لتأديب المجرم على جريمته تأديبا يمنعه من العودة إليها ويكفى لزجر غيره عن

---

(١) اختيارات ابن تيمية ص ١٧١ .

(٢) الأحكام السلطانية ص ٢٠٦ .

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٢ .

التفكير فى مثلها ، فإذا لم يكف التأديب شر المجرم عن الجماعة أو كانت حماية الجماعة تقتضى استئصال المجرم وجب استئصال المجرم أو حبسه حتى الموت . أما مبدأ العناية بشخص المجرم فقد أهملته الشريعة بصفة عامة فى الجرائم التى تمس كيان المجتمع ؛ لأن حماية الجماعة اقتضت بطبيعتها هذا الإهمال ، والجرائم التى من هذا النوع قليلة ومحدودة بطبيعة الحال، وما عدا ذلك من الجرائم ينظر فى عقوبته إلى شخصية المجرم ، وتستوجب الشريعة أن تكون شخصية الجانى وظروفه وأخلاقه وسيرته محل تقدير القاضى عند الحكم بالعقوبة .

تقسيم الجرائم : ولقد نشأ عن الجمع بين المبدأين على هذه الصورة أن أصبح لكل مبدأ حيز ينطبق فيه ومدى ينتهى إليه ، ولتقيم الشريعة معالم واضحة للحيز الذى ينطبق فيه كل مبدأ قسمت الجرائم قسمين : —

القسم الأول : الجرائم الماسة بكيان المجتمع : يدخل تحت هذا القسم كل الجرائم التى تمس كيان المجتمع مساسا شديدا وهى نوعان لكل منهما حكم مختلف .

١ — النوع الأول : والنوع الأول من الجرائم الماسة بكيان المجتمع يشمل جرائم الحدود التامة وهى سبع جرائم : (١) الزنا . (٢) القذف . (٣) الشرب (٤) السرقة . (٥) الحرابة . (٦) الردة . (٧) البغى .

وقد وضعت الشريعة لهذه الجرائم السبع عقوبات مقدرة ليس للقاضى أن ينقص منها أو يزيد فيها أو يستبدل بها غيرها ، فمن ارتكب جريمة منها أصابته العقوبة المقررة لها دون نظر إلى رأى المجنى عليه أو إلى شخصية الجانى ، وليس لولى الأمر أن يعفو عن الجريمة أو العقوبة بحال من الأحوال .

وقد اتجهت الشريعة فى جرائم الحدود إلى حماية الجماعة من الجريمة وأهملت شأن المجرم إهمالا تاما ، فشددت العقوبة وجعلتها عقوبة مقدرة ، ولم تجعل للقاضى أو لولى الأمر سلطانا على العقوبة ، وعلة التشديد أن هذه الجرائم من

الخطورة بمكان وأن التساهل فيها يؤدى حتما إلى تحلل الأخلاق وفساد المجتمع واضطراب نظامه وازدياد الجرائم ، وهى نتائج ما ابتلى بها جماعة إلا تفرق شملها واختل نظامها وذهب ريحها ، فالتشدد فى هذه الجرائم قصد به الإبقاء على الأخلاق وحفظ الأمن والنظام ، أو بتعبير آخر قصد به مصلحة الجماعة ، فلا عجب أن تهمل مصلحة الفرد فى سبيل مصلحة الجماعة ، بل العجب أن لا تضحى مصلحة الفرد فى هذا السبيل .

ب ـ النوع الثانى : والنوع الثانى من الجرائم الماسة بكيان المجتمع يشمل جرائم القصاص والدية وهى جرائم القتل والجرح سواء كانت عمداً أو خطأ أو هى على وجه التحديد : ١ ـ القتل العمد ـ ٢ ـ القتل شبه العمد ـ ٣ ـ الخطأ ٤ ـ الجرح المتعمد ـ ٥ ـ الجرح الخطأ .

وقد وضعت الشريعة لهذه الجرائم عقوبتين هما : القصاص أو الدية فى حالة العمد والدية فى حالة الخطأ ، وحرمت على القاضى أن ينقص من هاتين العقوبتين أو يزيد فيهما أو يستبدل بهما غيرهما كما حرمت على ولى الأمر أن يعفو عن الجريمة أو العقوبة ، وعلى هذا فمن ارتكب جريمة من هذه الجرائم أصابته العقوبة المقررة لها دون نظر إلى ظروف الجانى وشخصيته .

وإذا كانت الشريعة قد حرمت العفو على ولى الأمر فإنها قد أباحته للمجنى عليه أو وليه ، فإذا عفا المجنى عليه أو وليه فى العمد سقط القصاص وحلت محله الدية إذا كان العفو الدية ، فإذا كان العفو مجانا سقطت الدية أيضا ، وفى جرائم الخطأ يسقط العفو الدية ، ويترتب على سقوط القصاص فى العمد والدية فى الخطأ جواز معاقبة الجانى بعقوبة تعزيرية ، والعقوبات التعزيرية ينظر فيها إلى شخص المجنى عليه وظروفه .

وظاهر مما سبق أن الشريعة تتجه أصلا فى جرائم القصاص والدية إلى حماية الجماعة من الجريمة وإهمال شأن المجرم ، وأنها لا تعنى بشخصية الجانى وظروفه

إلا إذا عفا المجنى عليه أو وليه ، وقد منحت الشريعة حق العفو المجنى عليه أو وليه، لأن الجريمة وإن كانت ماسة بكيان المجتمع إلا أنها تمس المجنى عليه أكثر مما تمس المجتمع ، بل إنها لاتمس المجتمع إلا عن طريق مساسها بالمجنى عليه ، فإذا عفا المجنى عليه أو وليه لم يعد مايدعو لإهمال شأن المجرم والتشدد فى حماية الجماعة لأن أثر الجريمة الخطر مزول بالعفو فتصبح الجريمة غير خطرة ولا تؤثر على كيان المجتمع . والواقع أن المجنى عليه أو وليه لا يعفو إلا إذا صفح عن الجانى أو رأى فى الدية فائدة مادية يهمه الاحتفاظ بها ، فعلة العفو هى إما الصفح أو الفائدة المادية التى تعود على المجنى عليه وأوليائه ، وكلاهما علة مشروعة تحلها الشريعة محل الاعتبار ، لأن الصفح معناه القضاء على الخصومات والأحقاد ، ولأن تفضيل الفائدة المادية على العقوبة البدنية معناه التسامح والصفح وإضعاف حدة الخصومات ، ولاشك فى أن حق المجنى عليه أو وليه أن يكون أول من تعود عليه الجريمة بالفائدة إذا أمكن ذلك بعد أن أصيب منها وتحمل من آلامها ما لم يتحمله غيره .

القسم الثانى : الجرائم الأخرى : ويشمل هذا القسم كل الجرائم التى لاتدخل تحت القسم الأول . أو هو يشمل الجرائم التى تعاقب عليها الشريعة بعقوبات غير مقدرة فيدخل تحت هذا القسم كل الجرائم المعاقب عليها بعقوبة تعزيرية وهى على ثلاثة أنواع : ١ ـ جرائم التعازير الأصلية أى كل جريمة ليست من جرائم الحدود ولا من جرائم القصاص والدية ـ ٢ ـ جرائم الحدود التى لا يعاقب عليها بعقوبة مقدرة وهى جرائم الحدود غير التامة و جرائم الحدود التى يدرأ فيها الحد ـ ٣ ـ جرائم القصاص والدية التى يعاقب عليها بعقوبة غير مقدرة وهى الجرائم التى لاقصاص ولادية فيها .

والجرائم التى تدخل تحت هذا القسم ليست فى خطورة جرائم القسم الأول ولهذا كان لها حكم مختلف ، ففى القسم الأول تقيد الشريعة القاضى بعقوبة معينة

مقدرة فليس له اختيار غيرها وليس له أن يزيد فيها أو ينقص منها ، أما فى القسم الثانى فتترك الشريعة الحرية للقاضى فى اختيار العقوبة الملائمة من بين مجموعة من العقوبات ، كما تترك له تقدير كمية العقوبة اللازمة وتقدير ظروف الجريمة وظروف المجرم ، فإن رأى أن ظروف الجريمة وظروف المجرم لا تقتضى التخفيف عاقب المجرم بما تستحقه جريمته ، وإن رأى ظروف الجانى تقتضى التخفيف عاقبه بالعقوبة الملائمة لشخصه وظرفه وسيرته وأخلاقه ، وإن رأى أن ظروف الجريمة تقتضى التشديد وظروف الجانى تقتضى التخفيف توسط بين الأمرين فلم يغلظ العقوبة ولم يخففها

وفى هذا القسم تطبق الشريعة الأصول التى تقوم عليها نظرية العقوبة منفردة ومجتمعة ، فإذا لم تكن ظروف الجانى تقتضى التخفيف روعى فى تقدير العقوبة واختيار نوعها حماية الجماعة من الجريمة ولم يراع فيها غير هذا الاعتبار ، وإذا كانت ظروف الجانى تقتضى التخفيف روعى فى تقدير العقوبة واختيار نوعها شخصية الجانى . وإذا كانت ظروف الجريمة تقتضى التشديد وظروف الجانى تقتضى التخفيف روعى بقدر الإمكان فى اختيار العقوبة وتقدير كميتها أن تحمى الجماعة من الإجرام وأن تلائم شخصية المجرم .

ورأى المجنى عليه ليس له اعتبار لذاته فى هذا القسم ، وعفوه لا يسقط العقوبة ، ولكن العفو ينظر إليه باعتباره ظرفاً قضائيا مخففاً للجانى ، فإذا تصالح المجنى عليه مع الجانى أو عفا عنه كان للقاضى أن يعتبر الصلح أو العفو ظرفاً مخففاً فى صالح الجانى. والعلة فى عدم إسقاط العقوبة التعزيرية بالعفو أن كل عقوبة فيها حقان : حق للمجنى عليه وحق للجماعة ، فإذا أسقط المجنى عليه حقه فقد بقى حق الجماعة ، بعكس الحال فى عقوبتى القصاص والدية فهما من حق المجنى عليه أو وليه دون غيرهما ، فإذا عفا أحدهما سقطت العقوبة وحل محلها التعزير على اعتبار أن التعزير حق الجماعة ، ولهذا لا يظهر أثر العفو فى عقوبات التعازير كما يظهر فى القصاص والدية ؛ لأن عقوبة التعزير فيها حق المجنى عليه وحق الجماعة فإذا أسقط حق

المجنى عليه بقى حق الجماعة ، أما القصاص والدية فهما من حق المجنى عليه وحده فإذا عفا أسقطهما العفو .

العلة فى اعتبار جرائم القسم الأول ماسة بكيان المجتمع : قلنا إن الشريعة تشددت فى جرائم القسم الأول واتجهت فى اختيار العقوبة وتقديرها إلى حماية المجتمع من الإجرام وأهملت شخصية الجانى إهمالا تاماً إلا إذا عفا المجنى عليه فى جرائم القصاص والدية دون غيرها ، وقلنا إن الشريعة أرادت بذلك حماية المجتمع لأن جرائم القسم الأول بنوعيها تمس كيان المجتمع مساساً شديداً ، وقد بقى أن نعرف كيف تمس هذه الجرائم كيان المجتمع وذلك هو ما سنبينه الآن .

فالجماعات مهما اختلفت على المبادىء أو اختلفت عليها العصور تشترك فى أنظمة معينة تعيش عليها الجماعة ويقوم كيانها عليها ، ولو بحثنا كل الأنظمة التى تقوم عليها الجماعات فى كل أقطار الأرض لوجدنا كل الجماعات تشترك فى أربعة أنظمة هى الدعائم التى يقوم عليها فعلا كل مجتمع على وجه البسيطة ، وهذه الأنظمة الأربعة هى :

(١) نظام الأسرة . (٢) نظام الملكية الفردية (٣) النظام الاجتماعى للجماعة (٤) نظام الحكم فى الجماعة .

فوجود الرجل والمرأة وقدرتهما على التناسل وحاجة هذا النسل إلى من يعوله حتى يبلغ أشده كل هذا اقتضى بطبيعته أن يستأثر كل رجل بامرأة معينة ، وأن ينسب إلى نفسه من تلده من الأبناء ، وهكذا اقتضى وجود الرجل والمرأة وجود نظام الأسرة ، وصار هذا النظام أساساً تقوم عليه كل جماعة ؛ لأن الجماعة ليست إلا مجموعة من الأفراد ، ولا يزال نظام الأسرة حتى فى الدول الشيوعية عماد المجتمع وسيظل كذلك إلى ما شاء الله .

وحاجة الإنسان الطبيعية الدائمة إلى المطعم والمشرب والملبس والمسكن وأدوات السعى لهذه ولغيرها من المنافع دعته إلى تملك هذه الأشياء والاستئثار بها دون غيره من الناس لنفسه أولا ولنفسه ولأسرته بعد أن اقتضى الحال وجود نظام

الأسرة ، وهكذا وجد نظام الملكية الفردية كما وجد نظام الأسرة أوجدتهما طبيعة الإنسان وطبيعة الأشياء ، وسيظل كلاهما قائماً ما لم تتغير طبائع البشر وطبائع الأشياء ولن تتغير حتى تبدل الأرض غير الأض والسموات . وإذا كانت المبادىء الاشتراكية والشيوعية تحبذ الملكية الجماعية وتؤثرها على الملكية الفردية فإن غلاة المعتنقين لهذه المبادىء لم يقولوا بإلغاء الملكية الفردية إلغاء مطلقا ؛ لأن هناك من الملكيات الفردية ماتقتضى الطبيعة وجوده والمحافظة عليه ، فكل إنسان يجب أن يملك طعامه وكساءه ومسكنه وأداة عمله وإلا استحالت عليه الحياة .

وقد اقتضى نظام الأسرة ونظام الملكية الفردية الاعتراف بشخصية الفرد وحريته وحقه فى حماية نفسه وأسرته وملكه ، ولكن ضعف الفرد وكثرة حاجاته وقلة وسائله وحاجته إلى التعاون مع غيره كل ذلك دعا إلى تكوين الجماعة

وتكوين الجماعة يقتضى بطبيعته أن يكون للجماعة نظام اجتماعى تقوم الجماعة على مبادئه ويبين حقوق الأفراد وواجباتهم . والنظام الاجتماعى للجماعة يختلف باختلاف الجماعات فالجماعات الإسلامية نظامها الاجتماعى يقوم على مبادىء الإسلام والجماعات غير الإسلامية يقوم نظامها الاجتماعى على أساس الاشتراكية أو الشيوعية أو الرأسمالية أو غير ذلك من الأنظمة الاجتماعية .

كذلك اقتضى تكوين الجماعة أن يقوم فيها نظام للحكم يصرف شئونها ويسهر على مصالحها ونظامها الاجتماعى ويوفر الأمن لها فى الداخل والخارج . ونظام الحكم يختلف باختلاف البلاد ففى بعض البلاد يكون الحكم جمهوريا وفى بعضها ملكيا إلى غير ذلك ، وهكذا وجد نظام الحكم وكان وجوده نتيجة ضرورية لوجود الجماعة نفسها .

هذه هى الأنظمة الأربعة التى يقوم عليها كيان المجتمع ، كل مساس بها يمس

المجتمع فى أصل وجوده ويهدم أهم مقوماته ، ولذلك حرصت الشريعة الإسلامية على أن تحمى هذه النظم من كل اعتداء لأن فى حمايتها بقاء الجماعة وصلاحيتها للبقاء، ولأن كل تهاون فى حياطتها وحمايتها يؤدى إلى انحلال الجماعة وسقوطها .

وقد تقصت الشريعة الاعتداءات الخطيرة التى يمكن أن تمس هذه الأنظمة فوجدتها تنحصر فى جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وهى الزنا والقذف وشرب الخمر والسرقة والحرابة والردة والبغى والقتل والجرح فى حالتى العمد والخطأ .

فالزنا اعتداء على نظام الأسرة ولو لم يعاقب عليه لكان لكل امرىء أن يشارك الآخر فى أى مرأة شاء وأن يدعى من شاء أو يتنصل ممن يشاء من الأبناء ؛ ولانتهى الأمر بغلبة الأقوياء وهزيمة الضعفاء وتضييع الأنساب وشقاء الآباء والأبناء وأخيرا فإن إباحة الزنا معناها الاستغناء عن نظام الأسرة وهدم الدعامة الأولى من الدعائم التى تقوم عليها الجماعة .

والسرقة اعتداء على نظام الملكية الفردية ، ولو لم يعاقب عليها لكان لكل امرىء أن يشارك غيره فى طعامه وشرابه وكسائه ومسكنه وأداة عمله ، وكانت الغلبة آخر الأمر للأقوياء ، وكان الجوع والعرى والحرمان للضعفاء، فإباحة السرقة معناها الاستغناء عن نظام الملكية الفردية وعجز الأفراد عن الحصول على ضروريات الحياة وسقوط الجماعة بعد سقوط أهم الدعامات التى قامت عليها .

والردة اعتداء على النظام الاجتماعى للجماعة؛ لأن النظام الاجتماعى لكل جماعة إسلامية هو الإسلام ، ولأن الردة معناها الكفر بالإسلام والخروج على مبادئه والتشكيك فى صحته ، ولا يمكن أن يستقيم أمر الجماعة إذا وضع نظامها الاجتماعى موضع التشكيك والطعن ؛ لأن ذلك قد يؤدى فى النهاية إلى هدم هذا النظام .

والبغى اعتداء على نظام الحكم فى الجماعة ؛ لأن جريمة البغى تعنى الخروج على الحكام ومعصيتهم ، أو تعنى طلب تغييرهم أو تغيير نظام الحكم نفسه، وإباحة مثل هذه الجريمة يؤدى إلى إشاعة الخلاف والاضطراب فى صفوف الجماعة ،

ويقسمها شيعا وأحزابا تتقاتل وتتناجر فى سبيل الحكم ، كما يؤدى إلى اختلال الأمن والنظام وسقوط الجماعة وانحطاطها .

وجرائم القتل والجرح اعتداء من ناحية على حياة الأفراد المكونين للجماعة وهى من ناحية أخرى اعتداء على النظام الاجتماعى ونظام الحكم فى الجماعة ؛لأن هذه الجرائم تمس حياة الأفراد وأبدانهم والنظام الاجتماعى يقتضى حماية الأفراد وعصمة أنفسهم وأموالهم ، كما أن نظام الحكم وجد لإقامة النظام الاجتماعى وتوفير الأمن للجماعة ، فالتساهل فى محاربة هذه الجرائم يؤدى إلى تحكم الأقوياء فى الضعفاء وصرف الأفراد عن العمل المنتج وانصرافهم إلى التنازع والتناحر واستنباط الوسائل لحماية أرواحهم وأنفسهم . وهذا يؤدى بالتالى إلى تفكك الجماعة وانحلالها . وقد حرصت الشريعة على أن لاتصل الجماعة لهذه الحالة فقررت عقوبة القصاص فى حالة العمد والدية فى حالة الخطأ ، وهى عقوبات رادعة قصد منها حماية الأفراد المكونين للجماعة و بث الأمن بينهم وتوفير الطمأنينة فى نفوسهم .

وجريمة القذف اعتداء على نظام الأسرة ؛ لأن القذف فى الشريعة قاصر على ما يمس الأعراض ، ولأن القذف الماس بالأعراض هو تشكيك فى صحة نظام الأسرة . فمن يقذف شخصا فإنما ينسبه لغير أبيه و بالتالى لغير أسرته ، و إذا ضعف الإيمان بنظام الأسرة فقد ضعف الإيمان بالجماعة نفسها ؛ لأن الجماعة تقوم على هذا النظام .

وجريمة الشرب تؤدى إلى فقدان الشعور ، و إذا فقد شارب الخمر شعوره فقد أصبح على استعداد لارتكاب السرقة والقذف والزنا وغير ذلك من الجرائم فضلا عن أن شرب الخمر يضيع المال ويفسد الصحة ويضعف النسل و يذهب العقل ، والنظام الإسلامى يحرم شرب الخمر تحريما قاطعا ، فإتيان هذه الجريمة اعتداء من كل وجه على الجماعة وهدم للنظم التى تقوم عليها الجماعة .

وجريمة الحرابة إن اقتصرت على السرقة فهى اعتداء على نظام الملكية

الفردية ، وإن صحبها القتل فهى أيضا اعتداء على حياة الأفراد المكونين للجماعة، وإن اقتصرت على ترويع المجنى عليهم فهى اعتداء على أمن الجماعة ، والاعتداء على حياة الأشخاص وأمنهم هو اعتداء على النظام الاجتماعى وعلى نظام الحكم؛ لأن كل جماعة ملزمة بحماية حياة الأفراد وتوفير الأمن لهم ؛ لأن ذلك ضرورى لبقاء الجماعة ، فإذا لم تسكن هذه الجماعة فمعنى ذلك تفكك الجماعة وانحلالها ؛لأن الأساس الأول لبقاء الجماعة وهو حماية أفرادها منعدم ، ولا يحمى الأفراد ويمنع الاعتداء على حياتهم وأمنهم إلا تقرير العقوبة الرادعة على هذا الاعتداء .

هذه هى الجرائم التى تمس كيان المجتمع مساسا مباشرا عاقبت عليها الشريعة بعقوبات رادعة وأهملت فى تقدير العقوبة شخصية الجانى إبقاء على الجماعة وحماية لها ،وإذا قلنا إن هذه الجرائم تمس كيان الجماعة فليس معنى ذلك أن باقى الجرائم لا تمس الجماعة من قريب أو بعيد ، إذ الواقع أن كل جريمة أيا كانت تمس الجماعة ،ولكننا نستطيع أن نقول:إنه ليس فى الجرائم كلها ما يمس الأسس التى يقوم عليها المجتمع مساسا مباشرا مثل الجرائم التى احتفظت لها الشريعة بهذه العقوبات ، وإن بقية الجرائم إن مست صالح المجتمع فإنها لا تمس الأنظمة التى تقوم عليها الجماعة،وإن مست هذه الأسس فإنها لا تمسها مساسا مباشرا وخطيرا، وهكذا كانت الشريعة منطقية وواقعية حين أهملت شخصية الجانى فى الجرائم التى تمس كيان المجتمع وتتصل بالأسس التى يقوم عليها ، وكانت الشريعة منطقية وواقعية حين ميزت بين هذه الجرائم من ناحية و بقية الجرائم من ناحية أخرى لتفاوت الخطورة والآثار فى النوعين .

علة التفرقة فى العقاب بين جرائم الحدود وبين جرائم القصاص والدية :

تعتبر الشريعة جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ماسة بكيان المجتمع وبالأسس التى يقوم عليها و بالرغم من هذه التسوية فقد أبيح للمجنى عليه أو وليه حق العفو عن العقوبة فى جرائم القصاص والدية ولم تبح له أن يعفو فى جرائم

الحدود ، وعلة التفرقة أن جرائم الحدود يصيب ضررها المباشر الجماعة أكثر مما يصيب الأفراد ، وأن جرائم القصاص والدية مع مساسها بكيان المجتمع يصيب ضررها المباشر الأفراد أكثر مما يصيب الجماعة فالسرقة والحرابة والقذف والشرب والردة والبغى هى فى ذاتها تهديد للجماعة واعتداء على أمنها ونظامها أكثر مما هى تهديد واعتداء على الأفراد الذين تقع عليهم ، فالفرد قد يسرق منه بعض ماله فلا يحزنه ما سرق منه بقدر ما يهدده هذا العمل ويخيفه على بقية ماله و بقدر مايخيف جيرانه ومعارفه وأهل بلده ويهدد أموالهم بخطر السرقة ، ومثل ذلك يقال عن بقية جرائم الحدود فضررها على الجماعه أشد من ضررها على الأفراد ، أما جرائم القتل والجرح فهى تصيب الافراد بأكثر مما تصيب الجماعة وتعتبر إلى حد ما جرائم شخصية بمعنى أن مرتكبها لايقصد الاعتداء على كل شخص يلقاه إنما يقصد الاعتداء على شخص بعينه فإذا لم يستطع الوصول إليه لم يعتد على غيره ، ولهذا لايهز الاعتداء الجماعة إذا وقع لا يؤثر على أمنها تأثيرا شديداً ، أما السارق مثلا فإنه يطلب المال أنى وجده فإن لم يستطع سرقة شخص بذاته سرق أى شخص آخر ؛ لأنه يقصد المال وهو فى يد كل الأفراد ، و كذلك الزانى فإنه لايطلب امرأة بعينها إنما يطلب المرأة أيا كانت فإذا تعسرت عليه امرأة بحث عن غيرها .

ولأن جرائم القصاص والدية تمس الفرد أكثر مما تمس الجماعة ترك للمجنى عليه وأوليائه أن يختاروا بين القصاص والدية فى حالة العمد ، وجعلت الدية من حق المجنى عليه كتعويض له عما أصابه من الجريمة ، وترك له أن يعفو عن القصاص وعن الدية معـا .

٤٤١ – نظرية العقاب فى القوانين الوضعية : كانت القوانين الوضعية حتى أواخر القرن الثامن عشر تنظر إلى المجرم نظرة تفيض عنفا وقسوة ، وكان

أساس العقوبات المبالغة فى الإرهاب والانتقام والتشهير ، وكان من العقوبات المقررة المعترف بها قانونا الحرق والصلب وتقطيع الأوصال وصلم الآذان وقطع الشفاه واللسان والوشم بأداة محماة فى النار ولبس أطواق من الحديد والنفى والجلد والحبس ، ولم تكن العقوبات فى الغالب تتناسب مع أهمية الجرائم التى قررت لها ، فبالرغم من قسوة بعض العقوبات التى ذكرناها وفظاعة بعضها كانت عقوبة الإعدام جزاء لكثير من الجرائم البسيطة ، فمثلا كان القانون الانجليزى حتى آخر القرن الثامن عشر يعاقب على مائتى جريمة بعقوبة الإعدام ومن هذه الجرائم سرقة أكثر من شلن من شخص ما أى ما يقابل خمسة قروش تقريبا فى العملة المصرية ، وكان القانون الفرنسى يعاقب بالإعدام على مائتين وخمس عشرة جريمة معظمها جرائم بسيطة .

وكما كان الإنسان الحى أهلا للمسئولية والعقاب فكذلك كان الأموات بل كذلك كان الحيوان والجماد ؛ فكان القانون يجيز محاكمة الإنسان حيا ويجيز محاكمته ميتا ويجيز محاكمة الحيوان والجماد، ويجيز توقيع العقوبة على الإنسان الحى الذى يحس ويتألم ويفكر ويعقل كما يجيز توقيع العقوبة على جثث الأموات الذين فقدوا الإحساس بالألم وخرجوا من دنيا التفكير والتعقل ، بل كان يجيز توقيع العقوبة على الحيوان الأبكم الذى لا يستطيع التفكير فى جريمته والدفاع عن نفسه ، ويجيز توقيعها على الجماد الذى لا يحس بالجريمة ولا يشعر بالمحاكمة ولا يتألم من العقوبة .

وكان الأساس الذى تقوم عليه العقوبة هو الانتقام من المجرم وإرهاب غيره ، وفكرة الإنتقام والارهاب هى التى سوغت تقرير العقوبات القاسية ، وهى التى سوغت التمثيل بالمجرم وتشويه جسمه، بل هى التى سوغت محاكمة الأموات ومحاكمة الحيوانات والجماد ، فالميت والجماد لن يشعر أحدهما بالمحاكمة ولن يحس بالعقوبة ، والحيوان لا يشعر بالمحاكمة أو لا يفقه معناها وقد يحس بالعقوبة

و يتألم منها ولكنها لن تردعه عن الفعل الذى حوكم من أجله ؛ لأنه لا يعقل شيئا من المحاكمة ولا يفهم سبب العقوبة ، ولكن محاكمة الأموات والجمادات والحيوانات و إنزال العقوبات بالجميع تؤدى إلى إرهاب الناس أيما إرهاب وتمثل فكرة الانتقام خير تمثيل .

وفى القرن الثامن عشر بدأ الفلاسفة وعلماء الاجتماع يعملون على هدم الأساس الذى تقوم عليه العقوبة ويحاولون إقامتها على أساس آخر ، فأخذ «روسو» يبرر العقوبة بالعقد الاجتماعى و يرى أن الغرض منها هو حماية الجماعة من المجرم ومنعه من إيذاء غيره ، و برر «بكاريا» العقوبة بأنها حق الدفاع يتنازل عنه الأفراد للجماعة وأن الغرض منها هو تأديب المجرم وزجر غيره ، وقد تأثر رجال الثورة الفرنسية بهذه الآراء فطبقوها فى القانون الفرنسى الصادر فى سنة ١٧٩١ . ثم جاء «بنتام» فبرر العقوبة بمنفعتها للجماعة حيث تقوم بحمايتها واستوجب فى العقوبة أن تكون كافية لتأديب الجانى وزجر غيره، ثم ظهر رأى «كانت» وهو يبرر العقوبة بالعدالة، ورأى البعض التوفيق بين مذهب المنفعة ومذهب العدالة فرأى أن لا تكون العقوبة أكثر مما تستدعيه الضرورة ولا أكثر مما تسمح به العدالة .

وتمتاز النظريات السابقة بأنها تهمل شخصية المجرم وتنظر إلى الجريمة ومقدار جسامتها وأثرها على المجتمع ، ولذلك لم تؤد إلى حل مشكلة العقاب حلا يحسن السكوت عليه .

وظهرت بعد ذلك النظرية العلمية أو النظرية الإيطالية وهى تقوم على إهمال الجريمة إهمالا تاماً والنظر إلى شخصية المجرم ، فيرى أصحاب النظرية أن تكون العقوبة متناسبة مع عقلية المجرم وتكوينه وتاريخه ودرجة خطورته ، فالمجرم المطبوع على الإجرام يبعد إبعاداً مؤبداً عن المجتمع أو يحكم عليه بالإعدام، ولو كانت جريمته بسيطة ، والمجرم الذى اعتاد الإجرام يأخذ حكم المطبوع على الإجرام إذا تمكنت منه العادة ، والمجرم الذى تجعل منه المصادفات والظروف مجرماً يعاقب

عقاباً هينا ليناً ولو كانت جريمته خطيرة ، والمجرم الذى يرتكب الجريمة تحت تأثير العاطفة لا ضرورة لعقابه .

ولم تفلح النظرية العلمية فى حل مشكلة العقوبة أيضاً ؛ لأنها تنظر إلى المجرم وتهمل الجريمة ، ولأنها تفرق بين المجرمين دون فارق ملحوظ أو محدود ، ولأنها تترك بعض المجرمين دون عقاب بينما تأخذ غيرهم ممن ارتكبوا نفس الفعل بأشد العقاب .

وقد وجد بعض علماء القانون أن النظريات القديمة أخفقت ؛ لأنها تحتفل بالجريمة وتهمل شأن المجرم ، وأن النظرية العلمية أخفقت لأنها تحتفل بالمجرم وتهمل الجريمة ، فرأوا أن يدمجوا الفكرتين اللتين تقوم عليهما هذه النظريات ويقيموا عليهما نظرية جديدة بحيث يتمثل فى العقوبة على كل جريمة فكرتان: فكرة التأديب والزجر ، وفكرة شخصية المجرم ، ولكن هذه النظرية المختلطة فشلت أكثر مما فشلت النظريات السابقة؛لأنها تقوم على فكرتين تناقض إحداهما الأخرى فى أكثر الأحوال ، فالنظر فى كل عقوبة إلى شخصية المجرم لا يحقق دائماً فكرة التأديب والزجر أى حماية المجتمع وعلى الأخص فى الجرائم الخطيرة التى تمس الأمن والنظام والأخلاق ، والأخذ بفكرة حماية المجتمع فى كل عقوبة يمنع من الالتفات لشخصية المجرم فى الجرائم الخطيرة والبسيطة على السواء .

ويمكن القول بأن الاتجاه السائد اليوم لدى شراح القوانين الوضعية هو أن الغرض من العقوبة تأديب المجرم واستصلاحه ومعاونته على استعادة مكانته السابقة فى الهيئة الاجتماعية .

ومع أن هذا هو الاتجاه الأساسى فهناك اتجاه ثان يرى أصحابه أن تكون العقوبة أداة استئصال كلما كان المجرم غير قابل للاصلاح .

وهناك اتجاه ثالث يرى أصحابه أن تكون العقوبة وسيلة لحماية المجتمع و إرهاب من تحدثه نفسه بارتكاب الجرائم ، وقد أيد الاتحاد الدولى لقانون

العقوبات هذا الاتجاه وأخذت به بعض البلاد الأوربية ومنها ألمانيا .

وهذه الاتجاهات جميعاً تقوم إما على النظر إلى الجريمة دون المجرم ، وإما على النظر إلى المجرم دون الجريمة ، وإما أنها تقوم على الجمع بين هاتين الفكرتين .

هذه هى النظريات المختلفة عن العقوبة فى عالم القوانين الوضعية ، وظاهر من استعراضها أن شراح القوانين الوضعية يتجهون اتجاهات مختلفة يناقض بعضها بعضاً ، وقد منع تعدد النظريات من وضع أساس واحد ثابت للعقوبة فى كل القوانين الوضعية فاتخذت كل دولة لنفسها اتجاهاً خاصاً بحسب ما تراه متفقا مع مصلحتها الخاصة أو بحسب الفكرة السائدة فيها .

ولعل تعدد النظريات والاتجاهات هو الذى دعا اتحاد القانون الدولى لقانون العقوبات — الذى حلت محله الجمعية الدولية لقانون العقوبات — لأن يقرر وجوب الاسترشاد بما تظهره التجارب ، وأن يقرر أن أحسن نظام جنائى هو الذى يؤدى عملا إلى نتائج أكيدة فى كفاح الجريمة .

وقد حاول واضعو القوانين أن يجمعوا بين هذه النظريات والاتجاهات المختلفة بقدر الإمكان ، وأن يتغلبوا على ما وجه إليها من انتقادات بحلول عملية بحتة ، ويمكننا أن نتخذ القانون المصرى مثالا فى هذا الباب لغيره من القوانين الوضعية الحديثة كما يمكننا أن نلخص وجهات النظر التى أخذ بها القانون المصرى فيما يلى :

أولا ـ أخذ القانون الجنائى المصرى بالمبدأ القائل بأن الغرض من العقوبة حماية الجماعة ، وجعل هذا المبدأ أصلا وضعت على أساسه العقوبات لكل الجرائم بحيث تكفى العقوبة لتأديب المجرم على فعلته وزجر غيره عن التفكير فى مثلها .

ثانياً ـ وأخذ القانون الجنائى المصرى بالنظرية العلمية إلى حد ما ، فلم ينس شخصية المجرم فى كل الجرائم تقريباً ، فجعل لكل جريمة عقوبتين إحداهما أخف من الأخرى ، وجعل لكل عقوبة حدين تختار العقوبة من بينهما ، وأباح

للقضاة فى جرائم الجنايات أن يستبدلوا بالعقوبة أخرى ، كما أباح لهم أن يوقفوا تنفيذ العقوبة إذا لم تزد العقوبة المحكوم بها عن حد معين هو الحبس لمدة سنة ، ومعنى كل ذلك أن القانون اعترف بشخصية المجرم عند وضع العقوبة لكنه لم يلزم القضاة إلزاماً بمراعاة شخصية المجرم عند اختيار العقوبة وتقديرها . بل ترك لهم الحرية ينظرون إلى شخصية المجرم إذا رأوا ظروفه تدعو لذلك ويهملون شخصيته إذا كان هناك ما يدعو لإهمالها .

ثالثاً ـ بعد أن أخذ المشرع المصرى بالمبدأين السابقين رأى أخيراً أن من الخطر النظر إلى شخصية المجرم فى كل الجرائم وعلى الأخص فى الجرائم الهامة ، فحرم على القضاة أن ينزلوا بالعقوبة عن حد معين فى بعض الجرائم كما حرم عليهم إيقاف تنفيذ العقوبة ، وقد أخذ بهذا المبدأ فى قانون المخدرات الصادر فى سنة ١٩٢٨ وقانون الغش الصادر فى ١٩٤١ وقانون السلاح الصادر فى سنة ١٩٤٩ وكان المنطق يقضى بعد أن أخذ المشرع المصرى بهذا المبدأ الأخير أن يعيد النظر فى قانون العقوبات على هدى هذا المبدأ ، فيحرم على القضاة أن ينظروا إلى شخصية المجرم فى جرائم هى أخطر على الجماعة من جرائم الغش وإحراز المخدرات والأسلحة ، ولكنه لم يفعل فأدى هذا الاضطراب المنطقى إلى نتيجة تبعث على الرثاء ، فبينما يمنع القانون التخفيف وإيقاف التنفيذ فى جرائم الغش وإحراز المخدرات والأسلحة إذا به يبيح التخفيف وإيقاف التنفيذ فى جرائم الخيانة العظمى واختلاس الأموال الأميرية والرشوة والقتل والسرقات والزنا والقذف ، ولاشك أن كل واحدة من هذه الجرائم أخطر على كيان المجتمع وعلى أمنه ونظامه من الغش وإحراز المخدرات والأسلحة .

هذا هو القانون الوضعى نظراً وعملا فيما يتصل بالعقوبة ، يرى أن تتمثل فى العقوبة فكرة التأديب والزجر حماية للجماعة من الإجرام ، ويرى أن لا تهمل فى تقدير العقوبة شخصية المجرم ، ويرى فى بعض التشريعات الحديثة إهمال

شخصية المجرم فى بعض الجرائم ، والقانون واضح ومنطقى فيما يتعلق بالمبدأ الأول ولكنه بعيد عن المنطق والوضوح فيما يتعلق بالمبدأين الأخيرين حيث لم يصل بعد إلى تحديد المدى الذى يعمل فيه كل من المبدأين .

٤٤٢ – بين الشريعة والقانون : يستطيع القارىء بعد استعراض نظرية العقوبة فى الشريعة ونظرياتها المختلفة فى القوانين الوضعية أن يقول بأن نظرية الشريعة تجمع بين كل النظريات الوضعية التى ظهرت ابتداء من القرن الثامن عشر ، فالعقوبات فى الشريعة إنما شرعت لمنفعة الجماعة ولإصلاح الأفراد ولحماية الجماعة من الجريمة وتمكينها من الدفاع عن نفسها ضد الإجرام ، والعقوبات فى الشريعة لا يصح أن تزيد عن حاجة الجماعة كما لا يصح أن تقل عن هذه الحاجة فهى من هذه الوجهة إجراء تقتضيه العدالة والمصلحة معاً وهذا هو ما رآه روسو ، وبكاريا ، وبنتام ، وكانت ، مجتمعين ،والعقوبة فى الشريعة يقصد منها استصلاح الجانى والرحمة به والإحسان إليه فينبغى أن لا يهمل شأن المتهم فى تقدير العقوبة وهذا هو ما تتجه إليه النظرية العلمية .

وإذا كانت نظرية الشريعة قد جمعت بين النظريات التى سادت فى القوانين الوضعية من القرن الثامن عشر حتى الآن ، فإن نظرية الشريعة قد تنزهت عن العيوب التى شابت النظريات الوضعية وسلمت من الانتقادات التى وجهت إليها .

ولعله مما يدهش الكثيرين أن يعلموا أن للعقوبة فى الشريعة الإسلامية نظرية علمية فنية تامة التكوين لا يأتيها النقد من بين يديها ولا من خلفها ، وأن القانون بالرغم مما وصل إليه من تقدم إنما يسير فى أثر الشريعة ويترسم خطاها وأنه لم يصل بعد إلى ما وصلت إليه الشريعة ، وأن النتائج التى وصل إليها القانون والاتجاهات التى يتجه نحوها تدل على أن تطوره فى المستقبل القريب أو البعيد لن يخرج عن النطاق الذى رسمته الشريعة للعقوبة .

ونستطيع أن نقول إنه لا خلاف بين الشريعة والقوانين على المبادىء والأصول

التى تقوم عليها العقوبة ، وإنما الخلاف على الكيفية التى تطبق بها هذه المبادىء والحدود التى تطبق فيها ، فقد طبقت الشريعة كل المبادىء التى تعترف بها القوانين الوضعية ولكنها لم تجمع بينها فى كل العقوبات ولم تسو بينها فى كل الجرائم ، بل جعلت لكل مبدأ منطقة يعمل فيها وحده أو مع غيره ، وجعلت لهذه المناطق معالم بارزة واضحة لا يخطئها عقل ولا بصر ، ومن ثم استطاعت الشريعة أن تخرج على الناس بنظرية منطقية عملية لاعيب فيها ولا مأخذ عليها . أما القوانين الوضعية فقد حاولت الجمع بين كل هذه المبادىء والتسوية بينها فى كل الجرائم والعقوبات كما حاول ذلك شراح القوانين الوضعية ، وكانت النتيجة أن أخفق واضعوا القانون فى إيجاد حلول عملية مقبولة كما أخفق الشراح فى إيجاد نظرية علمية سليمة ، وفى اليوم الذى تطبق فيه القوانين الوضعية المبادىء التى تقوم عليها العقوبة تطبيقا سليما متفقا مع مصلحة الجماعة والأفراد ، وملائما لطبائع الأشياء ستضطر إلى أن تجعل لكل مبدأ منطقة يعمل فيها وستهمل شخصية المجرم فى الجرائم التى تمس كيان المجتمع فتصل بذلك إلى ما سبقتها إليه الشريعة وتصبح متفقة معها تمام الاتفاق .

ولا يفوتنا بعد هذا أن نذكر أن القانون الوضعى كان حتى آخر القرن الثامن عشر قانونا وحشيا بعيداً عن أفق الإنسانية فكان يحاكم الأحياء والأموات والحيوان والجماد وينزل بالجميع عقوبات شتى قائمة على التمثيل والتشهير ، كان القانون الوضعى هكذا حتى أخذ فى القرن الثامن عشر بأول مبدأ من مبادىء الشريعة الإسلامية فانقلب قانوناً إنسانياً بحتاً ؛ إذ أصبحت العقوبة فيه قائمة على أساس التأديب والزجر بقصد حماية المجتمع ، ولم تعد هناك حاجة للتمثيل والتشهير ، ولم يعد منطق القانون يقبل محاكمة الأموات والحيوانات والجمادات ؛ لأن التأديب لا ينفع فيهم فلا يجوز إذن عليهم ، وهذا المبدأ الأول الذى لم يعرفه القانون إلا فى القرن الثامن عشر عرفته الشريعة مع عيره من المبادىء من القرن السابع الميلادى ، ولذلك تركزت المسئولية الجنائية من يوم نزول الشريعة فى الإنسان الحى ، ولم

يجعل غيره أهلا لها ، ولم يعرف عن الشريعة ما عرف عن القانون من محاكمة الأموات والحيوان والجماد ، ولم يعرف عنها أنها تقبل التشهير والتمثيل ، بل عرف عنها أنها تأباه أشد الإباء فقد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالكلب العقور ، ومن لا يرضى المثلة للحيوان فهو دون شك لا يرضاها لإنسان . ويكفى الشريعة الإسلامية فخرا بعد هذا أنها سبقت تفكير العالم بأحد عشر قرنا وأن العالم يسير على آثارها من قرنين ولا تزال تسبق تفكيره بمراحل .

٤٤٣ - شروط العقوبة : يشترط فى كل عقوبة أن تتوفر فيها الشروط الآتية لتكون عقوبة مشروعة :

أولا : أن تكون العقوبة شرعية : وتعتبر العقوبة شرعية إذا كانت تستند إلى مصدر من مصادر الشريعة كأن يكون مردها القرآن ، أو السنة ، أو الإجماع أو صدر بها قانون من الهيئة المختصة ، ويشترط فى العقوبات التى يقررها أولو الأمر أن لا تكون منافية لنصوص الشريعة وإلا كانت باطلة .

ويترتب على اشتراط شرعية العقوبة أنه لا يجوز للقاضى أن يوقع عقوبة من عنده ولو اعتقد أنها أفضل من العقوبات المنصوص عليها .

ويظن البعض خطأ أن الشريعة تمنح القاضى سلطة تحكمية فى العقاب وهو ظن لا يتفق مع الواقع ، وليس له مصدر إلا الجهل بأحكام الشريعة ، فالعقوبات فى الشريعة تقسم إلى حدود وقصاص وتعازير ، فأما الحدود والقصاص فهى عقوبات مقدرة معينة ليس للقاضى حيالها من سلطان إلا أن يحكم بتطبيقها كلما كانت الجريمة ثابتة دون أن يستطيع تخفيفها أو تشديدها أو استبدال غيرها بها ، فالسرقة مثلا عقوبتها القطع وليس للقاضى إذا أثبتت الجريمة على الجانى أن يحكم عليه بغير القطع إلا إذا كان هناك سبب شرعى يمنع من عقوبة القطع كسرقة الأب من الابن ، والزنا من غير محصن عقوبته الجلد مائة جلدة فإذا ثبت الزنا

حكم القاضى بالجلد مائة جلدة وليس له أن ينقص منها واحدة أو يزيد عليها واحدة وليس له أن يستبدل بالجلد عقوبة أخرى . والقتل العمد عقوبته القصاص أى القتل ، فإذا ثبتت الجريمة على الجانى كان على القاضى أن يحكم بالقصاص وليس له أن يحكم بعقوبة أخرى إلا إذا كان هناك سبب شرعى يمنع من القصاص ، فسلطة القاضى فى الحدود والقصاص محدودة مقيدة .

أما التعازير فسلطة القاضى فيها واسعة ولكنها ليست تحكمية ، فهى واسعة لأن الشريعة تعاقب على جرائم التعازير بمجموعة من العقوبات تبدأ بأتفه العقوبات كالتوبيخ وتنتهى بأشدها كالحبس حتى الموت والقتل ، وتترك الشريعة للقاضى أن يختار من بين هذه المجموعة العقوبة الملائمة للجريمة والمجرم ، كما تترك له أن يقدر كمية العقاب من بين حدى العقوبة الأدنى والأعلى ، ولا شك أن إعطاء القاضى هذا السلطان المشروع الواسع يسهل عليه أن يضع الأمور فى مواضعها ، وأن يعاقب الجانى بالعقوبة التى تحمى الجماعة من الجريمة وتصلح الجانى وتؤدبه . وسلطة القاضى على سعتها ليست تحكمية لأنه لا يستطيع أن يحكم بعقوبة غير شرعية ، ولا أن يعاقب الجانى بعقوبة لا تتلاءم مع جريمته ، ولعل اتساع سلطة القاضى هو الذى دعا إلى الظن خطأ بأن سلطة القاضى فى الشريعة سلطة تحكمية .

وليس فى الشريعة ما يوجب منح القضاة هذا السلطان الواسع ومن ثم يجوز لولى الأمر أن يضيق هذا السلطان إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة ؛ لأن المصلحة العامة هى التى سوغت منح القضاة هذا السلطان[1] .

ثانيا ــ أن تكون العقوبة شخصية : ويشترط فى العقوبة أن تكون شخصية تصيب الجانى ولا تتعداه إلى غيره ، وهذا الشرط هو أحد الأصول التى تقوم

---

(١) راجع الفقرة ٩٧ وما بعدها .

عليها الشريعة الإسلامية وقد تكلمنا عن هذا الشرط بما فيه الكفاية بمناسبة الكلام على المسئولية[1] .

ثالثاً ـ أن تكون العقوبة عامة : ويشترط فى العقوبة أن تكون عامة تقع على كل الناس مهما اختلفت أقدارهم بحيث يتساوى أمامها الحاكم والمحكوم والغنى والفقير والمتعلم والجاهل .

والمساواة التامة فى العقوبة لاتوجد إلا إذا كانت العقوبة حداً أو قصاصاً ؛ لأن العقوبة معينة ومقدرة فكل شخص ارتكب الجريمة عوقب بها وتساوى مع غيره فى نوع العقوبة وقدرها .

أما إذا كانت العقوبة التعزير فالمساواة فى نوع العقوبة وقدرها غير مطلوبة ، ولو اشترطت المساواة على هذا الوجه لأصبحت عقوبة التعزير حداً ، وإنما المطلوب هو المساواة فى أثر العقوبة على الجانى ، والأثر المرجو للعقوبة هو الزجر والتأديب ، وبعض الأشخاص يزجرهم التوبيخ وبعضهم لا يزجرهم إلا الضرب أو الحبس ، وعلى هذا تعتبر المساواة محققة إذا عوقب المشتركون فى جريمة واحدة بعقوبات مختلفة تكفى كل منها لردع من وقعت عليه بحسب حاله وظروفه .

---

(١) راجع الفقرتين ٢٨١ ، ٤٧٢ .

الباب الثانى

أقسام العقـــوبة

٤٤٤ — تنقسم العقوبات بحسب الرابطة القائمة بينها إلى أربعة أقسام :

(١) العقوبات الأصلية : وهى العقوبات المقررة أصلا للجريمة كالقصاص للقتل والرجم للزنا والقطع للسرقة .

(٢) العقوبات البدلية : وهى العقوبات التى تحل محل عقوبة أصلية إذا امتنع تطبيق العقوبة الأصلية لسبب شرعى ، ومثالها الدية إذا درىء القصاص ، والتعزير إذا درىء الحد أو القصاص .

والعقوبات البدلية هى عقوبات أصلية قبل أن تـكون بدلية ، وإنما تعتبر بدلا لمـا هو أشد منها إذا امتنع تطبيق العقوبة الأشد ، فالدية عقوبة أصلية فى القتل شبه العمد ولـكنها تعتبر عقوبة بدلية بالنسبة للقصاص ، والتعزير عقوبة أصلية فى جرائم التعازير ولـكن يحكم به بدلا من القصاص أو الحد إذا امتنع الحد أو القصاص لسبب شرعى .

(٣) العقوبات التبعية : هى العقوبات التى تصيب الجانى بناء على الحـكم بالعقوبة الأصلية ودون حاجة للحكم بالعقوبة التبعية ، ومثلها حرمان القاتل من الميراث ، فالحرمان يترتب على الحـكم على القاتل بعقوبة القتل ولا يشترط فيه صدور حكم بالحرمان . ومثلها أيضا عدم أهلية القاذف للشهادة ، فعدم الأهلية لا يشترط أن يصدر به حكم وإنمـا يكفى لانعـدام الأهلية صدور الحـكم بعقوبة القذف .

(٤) العقوبات التكميلية ، هى العقوبات التى تصيب الجانى بناء على الحـكم بالعقوبة الأصلية بشرط أن يحكم بالعقوبة التـكميلية .

والعقوبات التكميلية تتفق مع العقوبات التبعية فى أن كليهما مترتبة على حكم أصلى ، ولكنهما يختلفان فى أن العقوبة التبعية تقع دون حاجة لإصدار حكم خاص بها أما العقوبة التكميلية فتستوجب صدور حكم بها ، ومثل العقوبة التكميلية تعليق يد السارق فى رقبته بعد قطعها حتى يطلق سراحه فإن تعليق اليد مترتب على القطع ولكنه لا يجوز إلا إذا حكم به .

٤٤٥ ـ وتنقسم العقوبات من حيث سلطة القاضى فى تقديرها إلى :

١ ـ عقوبات ذات حد واحد وهى التى لا يستطيع القاضى أن ينقص منها أو يزيد فيها ولو كانت تقبل بطبيعتها الزيادة والنقصان كالتوبيخ والنصح وكالجلد المقرر حداً .

٢ ـ عقوبات ذات حدين وهى التى لها حد أدنى وحد أعلى ويترك للقاضى أن يختار من بينهما القدر الذى يراه ملائماً كالحبس والجلد فى التعازير .

٤٤٦ ـ وتنقسم العقوبات من حيث وجوب الحكم بها إلى :

١ ـ عقوبات مقدرة : وهى العقوبات التى عين الشارع نوعها وحدد مقدارها وأوجب على القاضى أن يوقعها دون أن ينقص منها أو يزيد فيها أو يستبدل بها غيرها ، ويسمى هذا النوع من العقوبات بالعقوبات اللازمة ؛ لأن ولى الأمر ليس له إسقاطها ولا العفو عنها .

٢ ـ عقوبات غير مقدرة : وهى العقوبات التى يترك للقاضى اختيار نوعها من بين مجموعة من العقوبات وتقديرها كمها بحسب مايراه من ظروف الجريمة وحال المجرم ، وتسمى هذه العقوبات بالعقوبات المخيرة ؛ لأن للقاضى أن يختار من بينها .

٤٤٧ ـ وتنقسم العقوبات من حيث محلها إلى :

١ ـ عقوبات بدنية : وهى العقوبات التى تقع على جسم الإنسان ، كالقتل والجلد والحبس .

٢ ـ عقوبات نفسية : وهى العقوبات التى تقع على نفس الإنسان دون جسمه كالنصح والتوبيخ والتهديد .

٣ ـ عقوبات مالية : وهى العقوبات التى تصيب مال الشخص كالدية والغرامة والمصادرة .

٤٤٨ ـ وتنقسم العقوبات بحسب الجرائم التى فرضت عليها إلى : ـ

١ ـ عقوبات الحدود : وهى العقوبات المقررة على جرائم الحدود .

٢ ـ عقوبات القصاص والدية : وهى العقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية .

٣ ـ عقوبات الكفارات : وهى عقوبات مقررة لبعض جرائم القصاص والدية وبعض جرائم التعازير .

٤ ـ عقوبات التعازير : وهى العقوبات المقررة لجرائم التعازير .

وهذا التقسيم هو أهم تقسيم للعقوبات وسنتكلم عن كل قسم من هذه الأقسام فى فصل خاص ثم نتبع ذلك بفصلين آخرين نخصص أحدهما لبيان مدى صلاحية العقوبات الشرعية ونخصص الثانى لبيان العقوبات فى القانون المصرى ومدى صلاحيتها .

الفصل الأول

العقوبات المقررة لجرائم الحدود

٤٤٩ ـ **الحدود** : هى العقوبات المقررة لجرائم الحدود وهى كما ذكرنا من قبل سبع جرائم : (١) الزنا . (٢) القذف . (٣) الشرب . (٤) السرقة . (٥) الحرابة . (٦) الردة . (٧) البغى .

وتسمى العقوبة المقررة لكل جريمة من هذه الجرائم حدا .

والحد هو العقوبة المقررة حقا لله تعالى أو هو العقوبة المقررة لمصلحة

الجماعة ، وحينما يقول الفقهاء إن العقوبة حق لله تعالى يعنون بذلك أنها لا تقبل الإسقاط من الأفراد ولا من الجماعة ، وهم يعتبرون العقوبة حقا لله كلما استوجبتها المصلحة العامة وهى رفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة والسلامة لهم .

وتمتاز العقوبات المقررة لجرائم الحدود بثلاث ميزات :

ا ـ إن هذه العقوبات وضعت لتأديب الجانى وكفه هو وغيره عن الجريمة وليس فيها مجال لوضع شخصية الجانى موضع الاعتبار عند توقيع العقوبة .

ب ـ إن هذه العقوبات تعتبر ذات حد واحد وإن كان فيها ما هو بطبيعته ذو حدين ؛ لأنها عقوبات مقدرة معينة ، ولأنها عقوبات لازمة ، فلا يستطيع القاضى أن ينقص منها أو يزيد فيها ، كما أنه لا يستطيع أن يستبدل بها غيرها .

حـ ـ أن هذه العقوبات جميعا وضعت على أساس محاربة الدوافع التى تدعو للجريمة بالدوافع التى تصرف عن الجريمة ، أى أن هذه العقوبات وضعت على أساس متين من علم النفس .

المبحث الأول

فى عقوبات الزنا

٤٥٠ ـ عقاب الزانى : للزنا فى الشريعة الإسلامية ثلاث عقوبات هى : (١) الجلد (٢) التغريب (٣) الرجم .

والجلد والتغريب معاً هما عقوبة الزانى غير المحصن ، أما الرجم فهو عقوبة الزانى المحصن ، فإذا كان الزانيان غير محصنين جلدا وغربا ، وإن كانا محصنين رجما ، وإن كان أحدهما محصنا والثانى غير محصن رجم الأول وجلد الثانى وغرب.

٤٥١ - **عقوبة الجلد**: تعاقب الشريعة الزانى الذى لم يحصن بعقوبة الجلد، وللعقوبة حد واحد فقط ولو أنها بطبيعتها ذات حدين؛ لأن الشريعة عينت العقوبة وقدرتها فجعلتها مائة جلدة، وذلك قوله تعالى: ﴿ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة، ولاتأخذكم بهما رأفة فى دين الله، إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر، وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ﴾ [سورة النور: ٢].

وقد وضعت عقوبة الجلد على أساس محاربة الدوافع التى تدعو للجريمة بالدوافع التى تصرف عن الجريمة، وهذا هو الذى يهدينا إليه التأمل والتفكير فى الجريمة وعقوبتها.

فالدافع الذى يدعو الزانى للزنا هو اشتهاء اللذة والاستمتاع بالنشوة التى تصحبها، والدافع الوحيد الذى يصرف الإنسان عن اللذة هو الألم ولا يمكن أن يستمتع الإنسان بنشوة اللذة إذا تذوق مس العذاب، وأى شىء يحقق الألم ويذيق مس العذاب أكثر من الجلد مائة جلدة؟.

فالشريعة حينما وضعت عقوبة الجلد للزنا لم تضعها اعتباطا، وإنما وضعتها على أساس من طبيعة الإنسان وفهم لنفسيته وعقليته، والشريعة حينما قررت عقوبة الجلد للزنا دفعت العوامل النفسية التى تدعو للزنا بعوامل نفسية مضادة تصرف عن الزنا، فإذا تغلبت العوامل الداعية على العوامل الصارفة وارتكب الزانى جريمته مرة كان فيما يصيبه من ألم العقوبة وعذابها ما ينسيه اللذة ويحمله على عدم التفكير فيها.

الجلد فى القوانين الوضعية: ولقد كانت عقوبة الجلد من العقوبات التى يعترف بها قانون العقوبات المصرى سنة ١٩٣٧، وكانت وسيلة من وسائل تأديب الأحداث، ثم ألغاها المشروع المصرى مقلداً فى ذلك معظم القوانين الوضعية التى ألغت هذه العقوبة.

وأغلب شراح القوانين اليوم يفكرون فى العودة إلى تقرير عقوبة الجلد

ويسعون فى وضع هذه الفكرة موضع التنفيذ . وقد اقترح فعلا فى فرنسا تقرير عقوبة الجلد على أعمال التعدى الشديد التى تقع على الأشخاص ، وذكر تأييدا لهذا الاقتراح أن العادات قد تطورت تطورا مخيفا ، وأن طبقات العامة أصبحت تلجأ إلى القوة والعنف لحسم المنازعات ، وأن الإجرام تغير مظهره عن ذى قبل فأصبح أكثر شدة وأعظم حدة، وأن لا وسيلة لتوطيد الأمن إلا بإعادة العقوبات البدنية وأفضلها عقوبة الجلد .

ويعارض بعض شراح القوانين فى تقرير عقوبة الجلد لسببين: أولهما النفور من الألم البدنى . وثانيهما إنقاص الاحترام الواجب نحو شخص الإنسان، ولكن أصحاب الرأى المضاد يردون على هؤلاء بأن عقوبة الجلد تمتاز بأنها موجهة إلى حساسية الجانى المادية ، وأن الخوف من ألم الجلد هو أول ما يخافه المجرمون فيجب الاستفادة من ذلك فى إرهابهم ، أما إنقاص الاحترام الإنسانى ففكرة لا محل لها فى العقاب ولا يصح أن يحتج بها لمن لا يوفر الاحترام لنفسه .

والقائلون بعقوبة الجلد يرون أن تكون مقصورة على المجرمين الذين لا يتأثرون بغيرها من أنواع العقوبات سواء كانوا أحداثاً أم بالغين ، ومنهم من يرى تخصيص عقوبة الجلد لجرائم السكر وجرائم هتك العرض وجرائم النهب والسرقة وكسر الأسوار وإتلاف المزروعات وقتل المواشى وعلى العموم لكل الجرائم التى تدل على القسوة وعدم المبالاة ، ويحتج هذا الفريق بأنه ما دام قد ثبت بشكل قاطع أن عقوبة الجلد تفوق غيرها من العقوبات فى تأديب المسجونين وحفظ النظام بينهم وهم طائفة فاسدة ، فيجب أن يكون الجلد عقوبة أساسية فى القانون ووسيلة من وسائل التأديب والإصلاح لغير المسجونين

ويعارض «جارو» فى عقوبة الجلد لا لأنها عقوبة غير صالحة، ولكن لأنه يخشى من سوء الاستعمال عند تنفيذ العقوبة ، ولأنه يخشى أن يؤدى الرجوع إلى الجلد إلى تبارى المشرعين فى تقرير العقوبات القاسية [1]

---

(١) الموسوعة الجنائية ج ٥ ص ٥٣ وما بعدها .

وعقوبة الجلد وإن كانت ألغيت من أكثر القوانين الجنائية الوضعية إلا أنها لا تزال عقوبة معترفا بها فى قوانين بعض الدول ، ففى انجلترا يعتبر الجلد إحدى العقوبات الأساسية فى القانون الجنائى ، وفى الولايات المتحدة يعاقب المسجونون بالجلد ، وفى قانونى الجيش والبوليس فى مصر وانجلترا لا يزال الجلد عقوبة أساسية وكذلك الحال فى كثير من الدول .

وفى أثناء الحرب الأخيرة رجعت معظم بلاد العالم إلى عقوبة الجلد وطبقتها على المدنيين فى جرائم التموين والتسعير وغيرها ، وإن فى اضطرار أكثر بلاد العالم إلى تطبيق عقوبة الجلد على المدنيين أثناء الحرب لشهادة قيمة لهذه العقوبة، واعتراف من القائمين على القوانين الوضعية بأن عقوبة الحبس تعجز عن حمل الناس على طاعة القانون .

والعالم حين يقرر عقوبة الجلد فى القوانين العسكرية يعترف بأن هذه العقوبة ضرورية لحفظ النظام بين الجند وحملهم على طاعة القانون ، ولكن المدنيين فى أنحاء العالم اليوم أشد حاجة من الجند إلى هذه العقوبة بعد أن أصبحوا لا يحرصون على النظام ولا يعترفون بالطاعة للقوانين ، وما أعجب منطق الناس يريدون الطاعة والنظام للجند ولا يستلزمونها للمدنيين ، كأن المدنيين ليسوا من الأمة أو ليسوا هم الذين يمدون الجيش بالجنود . وأى عيب فى أن يدين أفراد الأمة جميعا بالخضوع للنظام وبالطاعة للشرائع ؟

هذه هى عقوبة الجلد وهذا هو رأى العلماء والدول فيها ، فمن كان يود أن ينتقد هذه العقوبة فليقل إن العالم كله مخطىء وإنه هو وحده المصيب ، بل ليقل ما شاء فإنه لن يستطيع أن يقول إن التجربة أثبتت عدم الحاجة لهذه العقوبة .

عقوبة الزنا فى القوانين الوضعية : وتعاقب القوانين الوضعية على الزنا بالحبس وهو عقوبة لا تؤلم الزانى إيلاما يحمله على هجر اللذة التى يتوقعها من

وراء الجريمة ، ولا تثير فيه من العوامل النفسية المضادة ما يصرف العوامل النفسية الداعية إلى الجريمة أو يكبتها .

وقد أدت عقوبة الحبس إلى إشاعة الفساد والفاحشة ، وأكثر الناس الذين يستمسكون عن الزنا اليوم لا تصرفهم عنه العقوبة وإنما يمسكهم عنه الدين أو الأخلاق الفاضلة التى لم يعرفها أهل الأرض قاطبة إلا عن طريق الدين .

وتمتاز الشريعة الإسلامية بأنها حين جعلت الجلد عقوبة للزنا قد حاربت الجريمة فى النفس قبل أن تحاربها فى الحس ، وعالجتها بالعلاج الوحيد الذى لا ينفعها غيره ، أما العقوبة التى قررها القانون فإنها لا تمس دواعى الجريمة فى نفس المجرم ولا حسه إذ الحبس علاج إن صلح لأية جريمة أخرى فهو لا يصلح بحال لجريمة الزنا .

٤٥٢ - عقوبة التغريب : وتعاقب الشريعة الزانى غير المحصن بالتغريب عاما بعد جلده ، والمصدر التشريعى لهذه العقوبة حديث النبى صلى الله عليه وسلم « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » .

وهذا الحديث غير متفق عليه بين الفقهاء ولذلك اختلفوا حيال هذه العقوبة فأبو حنيفة وأصحابه يرون أن الحديث منسوخ أو غير مشهور وإذا اعترفوا بالتغريب فإنما يعترفون به على أنه تعزير لا حد يجوز الحكم به إذا رآه الإمام[١] ومالك يرى التغريب حدا واجبا على الرجل دون المرأة[٢] ، والشافعى وأحمد[٣] يريان فى التغريب حدا يجب على كل زان غير محصن[٤] .

ويرى القائلون بالتغريب أن يغرب الزانى من بلده الذى زنا فيه إلى بلد

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٤ وما بعدها .

(٢) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨٣ .

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٩ - المغنى ج ١٠ ص ١٣٥ ، ١٤٤

(٤) يرى مالك أن التغريب على الرجل دون المرأة وعلى الحر دون العبد ، ويجعل أحمد التغريب عقوبة على الأحرار فقط رجالا ونساء . أما الشافعى فيجعله على الرجال والنساء والأحرار والعبيد .

آخر داخل حدود دار الإسلام على أن لا تقل المسافة بين البلدين عن مسافة القصر .

ويرى مالك أن يسجن الزانى فى البلدة التى يغرب إليها[١] ، ويرى الشافعى أن يراقب فى البلدة التى يغرب إليها ولا يحبس إلا إذا خيف هربه ورجوعه إلى بلدته فيحبس[٢] ، ويرى أحمد أن لا يحبس المغرب[٣] .

والتغريب يعتبر عقوبة تكميلية بالنسبة لعقوبة الجلد وله فى نظرنا علتان :

الأولى : التمهيد لنسيان الجريمة بأسرع ما يمكن ، وهذا يقتضى إبعاد المجرم عن مسرح الجريمة ، أما بقاؤه بين ظهرانى الجماعة فإنه يحيى ذكرى الجريمة ويحول دون نسيانها بسهولة .

الثانية : أن إبعاد المجرم عن مسرح الجريمة يجنبه مضايقات كثيرة لابد أن يلقاها إذا لم يبعد ، وقد تصل هذه المضايقات إلى حد قطع الرزق وقد لا تزيد على حد المهانة والتحقير ، فالإبعاد يهىء للجانى أن يحيا من جديد حياة كريمة .

وظاهر مما سبق أن التغريب وإن كان عقوبة إلا إنه شرع لمصلحة الجانى أولا ولصالح الجماعة ثانيا ، والمشاهد حتى فى عصرنا الحالى الذى انعدم فيه الحياء أن كثيرين ممن تصيبهم معرة الزنا يهجرون موطن الجريمة مختارين لينأوا بأنفسهم عن الذلة والمهانة التى تصيبهم فى هذا المكان .

٤٥٣ - عقوبة الرجم : الرجم عقوبة الزانى المحصن رجلا كان أو امرأة ، ومعنى الرجم القتل رميا بالحجارة . ولم يرد فى القرآن شىء عن الرجم ولذلك أنكر الخوارج عقوبة الرجم ومذهبهم يقوم على جلد المحصن وغير المحصن والتسوية بينهما فى العقوبة ، وفيما عدا الخوارج فالإجماع منعقد على إقرار عقوبة

---

(١) شرح الزرقانى ج ٨ ص ٨٣ .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٠ .

(٣) المغنى ج ١٠ ص ١٣٦ .

الرجم ؛ لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بها وأجمع أصحابه من بعده عليها ، ومن الأحاديث المشهورة فى هذا الباب « لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث : كفر بعد إيمان ، وزنا بعد إحصان ، وقتل نفس بغير نفس » وقد أثر عن الرسول أنه أمر برجم ماعز والغامدية وصاحبة العسيف فالرجم سنة فعلية وسنة قولية فى وقت واحد .

وقد وضعت عقوبة الرجم على نفس الأساس الذى وضعت عليه عقوبة الجلد للزانى غير المحصن ، ولكن شددت عقوبة المحصن للإحصان ؛ لأن الإحصان يصرف الشخص عادة عن التفكير فى الزنا . فإن فكر فيه بعد ذلك فإنما يدل تفكيره فيه على قوة اشتهائه للذة المحرمة وشدة اندفاعه للاستمتاع بما يصحبها من نشوة ، فوجب أن توضع له عقوبة فيها من قوة الألم وشدة العذاب ما فيها بحيث إذا فكر فى هذه اللذة المحرمة وذكر معها العقوبة المقررة تغلب التفكير فى الألم الذى يصيبه من العقوبة على التفكير فى اللذة التى يصيبها من الجريمة .

ويستكثر البعض منا اليوم عقوبة الرجم على الزانى المحصن وهو قول يقولونه بأفواههم ولا تؤمن به قلوبهم ، ولو أن أحد هؤلاء وجد امرأته أو إبنته تزنى واستطاع أن يقتلها ومن يزنى بها لما تأخر عن ذلك ، والشريعة الإسلامية قد سارت فى هذه المسألة كما سارت فى كل أحكامها على أدق المقاييس وأعدلها ، فالزانى المحصن هو قبل كل شىء مثل سىء لغيره من الرجال والنساء المحصنين وليس للمثل السىء فى الشريعة حق البقاء ، والشريعة بعد ذلك تقوم على الفضيلة المطلقة وتحرص على الأخلاق والأعراض والأنساب من التلوث والاختلاط ، وهى توجب على الإنسان أن يجاهد شهوته ولا يستجيب لها إلا من طريق الحلال وهو الزواج ، وأوجبت عليه إذا بلغ الباءة أن يتزوج حتى لا يعرض نفسه للفتنة أو يحملها مالا تطيق ، فإذا لم يتزوج وغلبته على عقله وعزيمته الشهوات فعقابه أن يجلد مائة جلدة وشفيعه فى هذه العقوبة الخفيفة تأخيره فى الزواج

الذى أدى به إلى الجريمة . أما إذا تزوج فأحصن فقد حرصت الشريعة أن لا تجعل له بعد الإحصان سبيلا إلى الجريمة ، فلم تجعل الزواج أبدياً حتى لا يقع فى الخطيئة أحد الزوجين إذا فسد ما بينهما ، وأباحت للزوجة أن تجعل العصمة فى يدها وقت الزواج ، كما أباحت لها أن تطلب الطلاق للغيبة والمرض والضرر والإعسار ، وأباحت للزوج الطلاق فى كل وقت وأحلت له أن يتزوج أكثر من واحدة على أن يعدل بينهن ، وبهذا فتحت الشريعة للمحصن كل أبواب الحلال وأغلقت دونه باب الحرام ، فكان عدلا وقد انقطعت الأسباب التى تدعو للجريمة من ناحية العقل والطبع ، أن تنقطع المعاذير التى تدعو إلى تخفيف العقاب ، وأن يؤخذ المحصن بالعقوبة التى لا يصلح غيرها لمن استعصى على الإصلاح .

ولو أن هؤلاء الذين يجزعون من القتل الزانى رجعوا إلى الواقع لاستقام لهم الأمر ولعلموا أن الشريعة الإسلامية حين أوجبت قتل الزانى المحصن لم تأت بشىء يخالف مألوف الناس ، فنحن الآن تحت حكم القانون . وهو يعاقب على الزنا بالحبس إذا كان أحد الزانين محصناً ، فإذا لم يكن أحدهما محصناً فلا عقاب ما لم يكن إكراه ، هـذا هو حـكم القانون فهل رضى الناس حكم القانون ؟ إنهم لم يرضوه ولن يرضوه بل إنهم حين رفضوا حكم القانون القائم مرغمين أقبلوا على عقوبة الشريعة المعطلة مختارين ، فهم يقتصون من الزانى محصناً وغير محصن بالقتل وهم ينفذون القتل بوسائل لا يبلغ الرجم بعض ما يصحبها من العذاب ، فهم يغرقون الزانى ويحرقونه ويقطعون أوصاله ويهشمون عظامه ويمثلون به أشنع تمثيل وأقلهم جرأة على القتل يكتفى بالسم يدسه لمن أوجب عليه الموت زناه ، ولو أحصينا جرائم القتل التى تقع بسبب الزنا لبلغت نصف جرائم القتل جميعاً ، فإذا كان هذا هو الواقع فما الذى نخشاه من عقوبة الرجم ؟ إن الأخذ بهـا لن يكون إلا اعترافاً بالواقع . والاعتراف بالواقع شجاعة وفضيلة ، ولا أظننا بالرغم ممـا وصلنا إليه من تدهور نـكره الإقرار بالحق

أو نخشى الاعتراف بالواقع المحسوس .

ويخشى البعض أن يكون فى عقوبة الرجم شىء من القسوة ، ولمثل هؤلاء نقول: إن الرجم هو القتل لاغير ، وإن قوانين العالم كله تبيح القتل عقوبة لبعض الجرائم ، ولا فرق بين من يقتل شنقاً أو ضرباً بالفأس أو تسميما بالغاز أو صعقاً بالكهرباء أو رجماً بالحجارة أو رمياً بالرصاص ، فكل هؤلاء يقتل ولكن وسائل القتل هى التى فيها الاختلاف ، ولا فرق فى النتيجة بين الرمى بالحجارة والرمى بالرصاص ، ومن كان يظن أن الموت يسرع إلى المقتول بالرصاص فى كل حال ويبطىء عن المرجوم بالحجارة فى كل الأحوال فهو فى ظنه على خطأ مبين ؛ لأن الرصاص قد لا يصيب مقتلا من القتيل فيتأخر موته ؛ ولأن الحجارة قد تصيب المقتل وتسرع بالموت أكثر مما يسرع به الرصاص ، فرماة الرصاص عددهم محدود وطلقاتهم معدودة أما رماة الأحجار فعددهم غير محدود وعليهم أن يرموا الزانى حتى يموت ، ومن استطاع أن يتصور مائة أو مئات يقذفون شخصاً فى مقاتله بالأحجار استطاع أن يتصور أنه يموت بأسهل وأسرع مما يموت قتيل الرصاص.

ولقد دلت التجارب على أن حبل المشنقة لايزهق الروح فى بعض الأحوال وأنه لايزهقها بالسرعة اللازمة فى كثير من الأحوال ، كما دلت التجارب على أن ضرب الفأس الواحدة قد لا يكفى لقطع الرقبة وأن قطع الرقبة ليس هو أسهل الطرق للموت ، كذلك فإن التسميم بالغاز والصعق بالكهرباء يبطىء بالموت أحياناً أكثر مما يبطىء به الشنق أو الرصاص .

وأخيراً فإن التفكير فى هذه المسألة بالذات تفكير لا يتفق مع طبيعة العقاب ، فالموت إذا تجرد من الألم والعذاب كان من أتفه العقوبات ، وأكثر الناس اليوم إذا اتجه تفكيرهم للموت فكروا فيما يصحبه من ألم وعذاب فهم لا يخافون الموت فى ذاته وإنما يخافون العذاب الذى يصحب الموت ، وإذا كان العذاب لا قيمة له مع المحكوم عليه بالموت فإن قيمته يجب أن تظل محفوظه

للزجر والتخويف ، وليس من مصلحة المجتمع فى شىء أن يفهم أفراده أن العقوبة هينة لينة لا تؤلم ولا تدعو للخوف ، وقد بلغت آية الزنا الغاية فى إبراز هذا المعنى حيث جاء بها : ﴿ ولا تأخذكم بهما رأفة فى دين الله ﴾ وحيث جاء بها : ﴿ وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ﴾ ذلك أن الرأفة بالمجرمين تشجع على الإجرام، والعذاب الذى يصحب العقوبة هو الذى يؤدب من أجرم ويزجر من لم يجرم .

٤٥٤ – **تعليق على عقوبات الزنا** : هذه هى عقوبات الزنا فى الشريعة الإسلامية لم تجىء ارتجالا ولم توضع اعتباطاً وإنما جاءت بعد فهم صحيح لتكوين الإنسان وعقليته ، وتقدير دقيق لغرائزه وميوله وعواطفه ، ووضعت لتحفظ مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة ، فهى عقوبات علمية تشريعية ، هى عقوبات علمية ؛ لأنها وضعت على أساس العلم بالنفس البشرية ، وهى عقوبات تشريعية؛ لأنها شرعت لمحاربة الجريمة ، وهذه ميزة تمتاز بها العقوبات التى وضعتها الشريعة لجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، ولا تكاد هذه الميزة توجد فى عقوبة من العقوبات التى تطبقها القوانين الوضعية .

ولا ريب فى أن العقوبة التى تقوم على فهم نفسية المجرم هى العقوبة التى يكتب لها النجاح ؛ لأنها تحارب الإجرام فى نفس الفرد وتحفظ مصلحة الجماعة ثم هى بعد ذلك أعدل العقوبات ؛ لأنها لا تظلم المجرم ولا تهضمه ولا تحمله مالا يطيق فى سبيل الجماعة ، وكيف تظلمه وقد بنيت على أساس قدرته واشتقت من طبيعته ونفسيته ؟ وهى عادلة أيضاً بالنسبة للجماعة ؛ لأن عدالتها بالنسبة للأفراد هى عدالة لمجموعهم ، ولأنها تحفظ للمجتمع حقه ولا تضحى به فى سبيل الأفراد والعقوبة التى تحابى الأفراد على حساب الجماعة إنما تضيع مصلحة الفرد والجماعة معاً ؛ لأنها تؤدى إلى ازدياد الجرائم واختلال الأمن ثم توهين النظام وانحلال المجتمع ، وإذا دب الانحلال فى مجتمع فقل على الأفراد وعلى المجتمع العفاء .

ولقد كان لعقوبات الزنا التى جاءت بها الشريعة أثرها فى محاربة الجريمة فى كل زمان ومكان ،ونستطيع أن نلمس هذا الأثر القوى فى أى بلد يأخذ بأحكام الشريعة ، ونستطيع أن نلمسه فى الفرق بين ما كنا عليه من خمسين أو أربعين أو ثلاثين سنة أو أقل من ذلك و بين ما نحن عليه الآن ، ولم تكن الشريعة تطبق قبل خمسين سنة ولكن أثرها القوى كان لا يزال باقياً متمثلا فى أخلاقنا وعاداتنا وتقاليدنا ثم أخذ يضعف ويتضاءل على مر الأيام .

ونستطيع أن نلمس أثر الشريعة واضحاً فى الفرق بين الشرق الإسلامى عامة و بين بلاد الغرب بالرغم من أن بلاد الشرق كلها تقريباً قد أخذت بقوانين الغرب ونظمه ودرجت على أثره وراحت تتشبه به حتى فيما يتصل بالأعراض والأخلاق ، فلا يزال الشرق ينفر من جريمة الزنا و يستفظعها ويحقر مرتكبيها و يستقل كل عقوبة مهما عظمت عليها ،بينما الغرب لا يحفل بهذه الجريمة ولا يهتم بالأخلاق والأعراض على العموم ، والفرق بين الشرق والغرب هو الفرق بين الشريعة والقانون ، كل قد ترك طابعه فى الجماعة التى حكمها طويلا ، فعقوبة الشريعة العادلة الرادعة قد خلفت وراءها مجتمعاً صالحاً يقوم على الأخلاق الفاضلة وعقوبة القانون الهينة على الأفراد المضيعة للجماعة قد تركت وراءها مجتمعاً فاسداً منحلا تسيره الأهواء وتحكمه الشهوات .

المبحث الثانى

فى عقوبة القذف

٤٥٥ - الجلد وعدم الأهلية للشهادة : للقذف فى الشريعة عقوبتان : إحداهما : أصلية وهى الجلد ، والثانية : تبعية وهى عدم قبول شهادة القاذف .

وعقوبة الجلد ولو أنها بطبيعتها ذات حدين إلا أن عقوبة الجلد للقاذف ذات حد واحد ؛ لأن عدد الجلدات محدد وليس للقاضى أن ينقص منها أو يزيد فيها أو يستبدل بها غيرها .

والأصل فى عقوبتى القذف قول الله جل شأنه : ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ، ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا، وأولئك هم الفاسقون﴾ [النور : ٤] .

ولاتعاقب الشريعة على القذف إلا إذا كان كذبا واختلاقا، فإن كان تقريرا للواقع فلا جريمة ولا عقوبة .

والبواعث التى تدعو القاذف للافتراء والاختلاق كثيرة منها: الحسدوالمنافسة والانتقام ، ولكنها جميعا تنتهى إلى غرض واحد يرمى إليه كل قاذف هو إيلام المقذوف وتحقيره .

وقد وضعت عقوبة القذف فى الشريعة على أساس محاربة هذا الغرض ، فالقاذف يرمى إلى إيلام المقذوف إيلاما نفسيا فكان جزاؤه الجلد ليؤلمه إيلاما بدنيا ؛ لأن الإيلام البدنى هو الذى يقابل الإيلام النفسى ؛ ولأنه أشد منه وقعا على النفس والحس معا إذ أن الإيلام النفسى هو بعض ما ينطوى عليه الإيلام البدنى .والقاذف يرمى من وراء قذفه إلى تحقير المقذوف وهذا التحقير فردى،لأن مصدره فرد واحد هو القاذف فكان جزاؤه أن يحقر من الجماعة كلها وأن يكون هذا التحقير العام بعض العقوبة التى تصيبه فتسقط عدالته ولاتقبل له شهادة أبداً ويوصم وصمة أبدية بأنه من الفاسقين .

وهكذا حاربت الشريعة الإسلامية الدوافع النفسية الداعية إلى الجريمة بالعوامل النفسية المضادة التى تستطيع وحدها التغلب على الدوافع الداعية للجريمة وصرف الإنسان عن الجريمة ، فإذا فكر شخص أن يقذف آخر ليؤلم نفسه ويحقر شخصه ذكر العقوبة التى تؤلم النفس والبدن ، وذكر التحقير الذى تفرضه عليه الجماعة فصرفه ذلك عن الجريمة ، وإن تغلبت العوامل الداعية إلى الجريمة مرة على العوامل الصارفة عنها ، فارتكب الجريمة كان فيما يصيب بدنه ونفسه من ألم العقوبة وفيما يلحق شخصه من تحقير الجماعة ما يصرفه نهائيا عن العودة لارتكاب الجريمة بل ما يصرفه نهائيا عن التفكير فيها .

عقوبة القذف فى القوانين : وتعاقب القوانين على القذف بالحبس أو بالغرامة أو بهما معاً ، وهى عقوبات غير رادعة ولذلك ازدادت جرائم القذف والسب زيادة عظيمة ، وأصبح الناس وعلى الأخص رجال الأحزاب يتبادلون القذف والسب كما لو كانوا يتقارضون المدح والثناء ، كل يحاول تحقير الآخر وتشويهه بالحق أو بالباطل ، وكل يريد أن يهدم أخاه ليخلو له الجو ينطلق فيه ، وسيظلون كذلك حتى يمزقوا أعراضهم ويقطعوا أرحامهم ويهدموا أنفسهم بأيديهم ولكنهم سيتركون أسوأ مثل يحتذى لمن بعدهم .

ولو أن أحكام الشريعة الإسلامية طبقت على هؤلاء بدلا من القانون لما جرؤ أحدهم على أن يكذب على أخيه كذبة واحدة ؛ لأنها تؤدى به إلى الجلد وتنتهى بإبعاده عن الحياة العامة ، فلا قيادة ولا رئاسة ولا أمر ولا نهى ، ذلك أن من كذب سقطت شهادته ، ومن سقطت شهادته سقطت عدالته ، ومن سقطت عدالته سقطت عنه قيادته ورئاسته ؛ ولأن الأمر والنهى من حق المتقين ولا يكون أبداً للفاسقين .

وما تشكو منه مصر وتتألم له تشكو منه كل البلاد الديموقراطية ، ويرى بعض المفكرين فى هذا عارضاً محتملا تقتضيه حياة الشورى ؛ لأنها تقوم على اختلاف وجهات النظر وتعدد الأحزاب واختلاف البرامج ، ويراه البعض شراً مستطيراً ومرضاً خطيراً من أمراض الديموقراطية لا ينقضى إلا بالقضاء عليها ، وأصحاب الرأيين على خطأ فيما ذهبوا إليه ؛ لأن الشورى لا تقتضى بطبيعتها خلق الجرائم ولا التشجيع على ارتكابها ، ولو هدوا إلى الطيب من القول لقالوا إن هذا العارض المحتمل وهذا الشر المستطير كلاهما ناشىء عن انعدام العقوبة الرادعة التى تصد الناس عن اقتراف الجريمة .

إن العالم كله يقوم على فكرة الثواب والعقاب ، ولقد كان يسير على هذه الفكرة فى روحانيته القديمة الباقية ، وهو يسير عليها الآن فى ماديته الحديثة

العاتية ، فقد كان عمر بن الخطاب يحكم بالعدل لا يبغى عرض الدنيا وإنما يبغى ثواب الآخرة ، وكان يبتعد عن الظلم ؛ لأنه يخشى اليوم الآخر ،أما حكام اليوم فإنما يحكمون بالعدل إذا حكموا لينالوا ثناء الجماهير و يبتعدون عن الظلم ؛ لأنهم يخشون فقدان مناصبهم . وكان العالم الورع قديماً يكتب ما يكتب لوجه الله طمعاً فيما عنده و يدع ما يدع خشية من الله وخوفاً من غضبه ، أما العالم المطلع اليوم فيكتب ما يكتب لتروج كتاباته لدى الجماهير ؛ و يدع ما يدع خوفاً من إعراض الجماهير وما يتبع الإعراض من الكساد والبوار . وكان العامل المتدين وما زال يعمل ليؤدى ما عليه من حق لرب العمل إرضاء لله ولا يقصر فى عمله خشية غضب الله ، أما العامل اليوم فإنما يجد فى عمله انتظاراً للمكافأة العاجلة من رب العمل أو طلباً لزيادة الأجر ، و يبتعد عن التقصير ؛ لأنه يجر عليه الطرد والحرمان من العمل .

هذه هى طبيعة الناس لن تتغير ولن تتبدل ولو تغيرت مظاهرهم وتبدلت وسائلهم ، وهى طبيعتهم إذا تقدموا وطبيعتهم إذا تأخروا يرجون الثواب ويحرصون على الوصول إليه ، و يخشون العقاب ولا يرضونه لأنفسهم ، فمن الحكمة أن تستغل طبيعة البشر فى سياستهم وتوجيههم ، وقد استغلت الشريعة الإسلامية طبيعة البشر فأقامت أحكامها على أساس ما فى خلائقهم الأصيلة من رجاء وخوف ، ومن قوة وضعف ، فجاءت أحكاماً صالحة لكل مكان وزمان؛ لأن طبائع البشر واحدة فى كل مكان ؛ ولأنها لا تتغير بتغيير الأزمان ،ذلك هو السر فى صلاحية الشريعة للقديم والحديث ، وهو السر فى صلاحيتها للمستقبل القريب والبعيد .

المبحث الثالث

فى عقوبة الشرب

٤٥٧ - **عقوبة الجلد** : تعاقب الشريعة على شرب الخمر بالجلد ثمانين جلدة

وهى عقوبة ذات حد واحد ؛ لأن القاضى لا يستطيع أن ينقص منها أو يزيد عليها أو يستبدل بها غيرها .

ويرى الشافعى أن حد الخمر أربعين جلدة فقط على خلاف بقية الأئمة وحجته أنه لم يثبت عن الرسول أنه ضرب فى الخمر أكثر من أربعين ، أما الأربعون الأخرى فليست من الحد عند الشافعى وإنما هى تعزير .

ومصدر العقوبة التشريعى هو قول الرسول صلى الله عليه وسلم: « من شرب الخمر فاجلدوه فإن عاد فاجلدوه » أما تحريم الخمر فمصدره القرآن ، والرأى الراجح أن العقوبة لم يحدد مقدارها بثمانين جلدة إلا فى عهد عمر بن الخطاب حيث استشار أصحاب الرسول فى حد شارب الخمر ، فأفتى على بن أبى طالب بأن يحد ثمانين جلدة ؛ لأنه إذا شرب سكر ، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى ، وحد المفترى أى القاذف ثمانون جلدة ، ووافق أصحاب الرسول على هذا الرأى ، وإذن فتحريم الخمر مصدره القرآن ، والعقاب مصدره السنة ، ومقدار الحد مصدره الإجماع .

والدافع الذى يدفع شارب الخمر لشربها هو رغبته فى أن ينسى آلامه النفسية، ويهرب من عذاب الحقائق إلى سعادة الأوهام التى تولدها نشوة الخمر .

وقد حاربت الشريعة هذا الدافع فى نفس شارب الخمر بعقوبة الجلد فهو يريد أن يهرب من آلام النفس ولكن عقوبة الجلد ترده إلى ما هرب منه وتضاعف له الألم إذ تجمع له بين ألم النفس وألم البدن ، وهو يريد أن يهرب من عذاب الحقائق إلى سعادة الأوهام وعقوبة الجلد ترده إلى العذاب الذى هرب منه وتجمع له بين عذاب الحقائق وعذاب العقوبة .

فالشريعة بوضعها عقوبة الجلد لشارب الخمر ،قد وضعتها على أساس متين من علم النفس ، وحاربت الدوافع النفسية التى تدعو للجريمة بالدوافع النفسية المضادة التى تصرف بطبيعتها عن الجريمة والتى لا يمكن أن يقوم غيرها من الدوافع النفسية مقامها ، فإذا ما فكر الشخص فى شرب الخمر لينسى آلام نفسه ذكر مع

الخمر العقوبة التى ترده إلى آلام النفس والبدن ، وإذا ما فكر فى شرب الخمر ليهرب من عذاب الحقائق ذكر مع الخمر أنه سوف يرد إلى عذاب الحقائق وعذاب العقوبة ، وفى هذا ما يصرف الشخص غالباً عن ارتكاب الجريمة، فإذا لم يصرف عنها وارتكبها مرة كان فيما يصيبه من العقوبة هذه المرة ما يغلب العوامل النفسية الصارفة عن الجريمة على العوامل النفسية الداعية إليها إذا مافكر فى الجريمة مرة أخرى .

٤٥٨ - الخمر طبيا واجتماعيا : ومن المسلم به من الناحيتين الطبية والاجتماعية فى عصرنا الحاضر أن الخمر لا فائدة فيها وأن أضرارها لا تحصى ، فهى تفسد العقل ، وتفسد الصحة ، وتؤدى إلى العقم أحياناً ،وإلى ضعف النسل غالباً ، كما تؤدى إلى ضياع المال ، وضياع الكرامة ، فكان المعقول بعد هذا أن تأتى دولة كمصر فتحرم الخمر مستندة إلى دستورها الذى يجعل دين الدولة الرسمى الإسلام ، وإلى الإسلام الذى يحرم الخمر ويعاقب على شربها ، وإلى النتائج السيئة التى تنتج عن شرب الخمر ، ولكن مصر لم تفعل شيئاً من هذا وأباح قانونها الوضعى الخمر إباحة مطلقة فلم يعاقب على شربها أو إحرازها أو بيعها ، وإذا كان قد عاقب شارب الخمر إذا سكر وتواجد فى محل عام فالعقاب فى هذه الحالة ليس على شرب الخمر والسكر وإنما على التواجد فى محل عام بحالة سكر بين ، ولم يتشدد القانون فى عقاب هذه الحالة الوحيدة فجعل الجريمة مخالفة عقوبتها الغرامة التى لا تزيد على مائة قرش أو الحبس البسيط الذى لا يتجاوز أسبوعاً[1] . والعيب فى هذا ليس على واضع القانون فهو رجل أوروبى غير مسلم ينقل عن القانون الفرنسى ، ولكن العيب عيب الذين أقروا هذا القانون ورضوا به وطبقوه وهو باطل بطلاناً مطلقاً فى كل ما يخالف الشريعة الإسلامية، والعيب عيب من أرادوا أن يجعلوا من مصر البلد الشرقى الإسلامى مقاطعة

---

(١) المادة ٣٨٥ من قانون العقوبات المصرى .

فرنسية ناسين أو متناسين الفروق العديدة بين الشرق والغرب متجاهلين الدين والتقاليد والبيئة وعامل الوراثة .

٤٥٩ - العالم وتحريم الخمر : ولقد حرم الإسلام الخمر وعاقب على شربها من ثلاثة عشر قرناً ، وانفرد بتحريمها والعقاب عليها طيلة هذه المدة ، حتى جاء العالم فى القرن العشرين يشهد للإسلام بأنه كان على الحق فى موقفه من الخمر وبأن غيره كان يعمه فى الضلال ، وقد حمل العالم على هذه الشهادة أن العلم أثبت أن الخمر حقيقة أم الخبائث كما قال عنها الإسلام ، وأنها مفسدة للعقل والصحة والمال، وها هو العالم غير الإسلامى لا يكاد يخلو فيه بلد اليوم من جماعة تدعو إلى ترك الخمر ولهذه الجماعات مجلات ورسائل ومؤتمرات،ولقد كان أثر دعاية هذه الجماعات قوياً فى الولايات المتحدة بأمريكا وفى الهند وكان الرأى العام أسرع استجابة فى هاتين الدولتين فسنت فيهما القوانين لتحريم الخمر تحريماً تاماً . وفى كثير من البلاد الأخرى سنت قوانين تحرم الخمر تحريماً جزئياً فمنع تناولها أو تقديمها فى أوقات معينة ، ولـكن الـكثير من القوانين التى حرمت الخمر لم تنجح فى محاربة الخمر ؛ لأن العقوبات التى فرضتها لم تـكن عقوبات رادعة .

وإذا كان الناس جميعاً قد آمنوا بأحقية الإسلام فى تحريم الخمر فقد بقى عليهم أن يؤمنوا بالعقوبة التى فرضها الإسلام على شارب الخمر ، ويوم يؤمنوا بهذا تنجح القوانين التى تسن لتحريم الخمر وتؤدى مهمتها خير أداء .

المبحث الرابع

فى عقوبة السرقة

٤٦٠ - عقوبة القطع : تعاقب الشريعة على السرقة بالقطع لقوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله ﴾[المائدة:٣٨].

ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن لفظ أيديهما يدخل تحته اليد والرجل ، فإذا سرق السارق أول مرة قطعت يده اليمنى ، فإذا عاد للسرقة ثانية قطعت رجله اليسرى ، وتقطع اليد من مفصل الكف ، وتقطع الرجل من مفصل الكعب وكان على رضى الله عنه يقطعها من نصف القدم من معقد الشراك ليدع للسارق عقبا يمشى عليه[1] .

وعلة فرض عقوبة القطع للسرقة أن السارق حينما يفكر فى السرقة إنما يفكر فى أن يزيد كسبه بكسب غيره ، فهو يستصغر ما يكسبه عن طريق الحلال ويريد أن ينميه من طريق الحرام ، وهو لا يكتفى بثمرة عمله فيطمع فى ثمرة عمل غيره ، وهو يفعل ذلك ليزيد من قدرته على الإنفاق أو الظهور أو ليرتاح من عناء الكد والعمل أو ليأمن على مستقبله ، فالدافع الذى يدفع إلى السرقة ويرجع إلى هذه الاعتبارات وهو زيادة الكسب أو زيادة الثراء ، وقد حاربت الشريعة هذا الدافع فى نفس الإنسان بتقرير عقوبة القطع ؛ لأن قطع اليد أو الرجل يؤدى إلى نقص الكسب إذ اليد والرجل كلاهما أداة العمل أيا كان ، ونقص الكسب يؤدى إلى نقص الثراء ، وهذا يؤدى إلى نقص القدرة على الإنفاق وعلى الظهور ويدعو إلى شدة الكدح وكثرة العمل والتخوف الشديد على المستقبل .

فالشريعة الإسلامية بتقريرها عقوبة القطع دفعت العوامل النفسية التى تدعو لارتكاب الجريمة بعوامل نفسية مضادة تصرف عن جريمة السرقة ، فإذا تغلبت العوامل النفسية الداعية وارتكب الإنسان الجريمة مرة كان فى العقوبة والمرارة التى تصيبه منها ما يغلب العوامل النفسية الصارفة فلا يعود للجريمة مرة ثانية .

ذلك هو الأساس الذى قامت عليه عقوبة السرقة فى الشريعة الإسلامية ، وإنه لعمرى خير أساس قامت عليه عقوبة السرقة من يوم نشأة عالمنا حتى الآن ، وإنه السر فى نجاح عقوبة السرقة فى الشريعة الإسلامية قديما ، وهو

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ٢٦٤ وما بعدها .

السر الذى جعلها تنجح نجاحا باهرا فى الحجاز فى عصرنا هذا فتحوله من بلد كله فساد واضطراب ونهب وسرقات إلى بلد كله نظام وسلام وأمن وأمان . لقد كان الحجاز قبل أن تطبق فيه الشريعة الإسلامية أخيراً أسوأ بلاد العالم أمنا ، فكان المسافر إليه أو المقيم فيه لا يأمن على نفسه وماله وعياله ساعة من ليل بل ساعة من نهار بالرغم مماله من قوة وما معه من عدة ، وكان معظم السكان لصوصا وقطاعا للطرق ، فلما طبقت الشريعة أصبح الحجاز خير بلاد العالم كله أمنا ، يأمن فيه المسافر والمقيم ، وتترك فيه الأموال على الطرقات دون حراسة فلا تجد من يسرقها أو يزيلها من مكانها على الطريق حتى يأتى الشرطة فيحملونها إلى حيث يقيم صاحبها .

٤٦١ - **عقوبة السرقة فى القانون** : وتجعل القوانين الحبس عقوبة للسرقة وهى عقوبة قد أخفقت فى محاربة الجريمة على العموم والسرقة على الخصوص ، والعلة فى هذا الإخفاق أن عقوبة الحبس لا تخلق فى نفس السارق العوامل النفسية التى تصرفه عن جريمة السرقة ؛ لأن عقوبة الحبس لا تحول بين السارق وبين العمل والكسب إلا مدة الحبس ، وما حاجته إلى الكسب فى المحبس وهو موفر الطلبات مكفى الحاجات ؟ فإذا خرج من محبسه استطاع أن يعمل وأن يكسب وكان لديه أوسع الفرص لأن يزيد من كسبه وينمى ثروته من طريق الحلال والحرام على السواء ، واستطاع أن يخدع الناس وأن يظهر أمامهم بمظهر الشريف فيأمنوا جانبه ويتعاونوا معه ، فإن وصل فى الخاتمة إلى ما يبغى فذلك هو الذى أراد ، وإن لم يصل إلى بغيته فإنه لم يخسر شيئاً ولم تفته منفعة ذات بال .

أما عقوبة القطع فتحول بين السارق وبين العمل ، أو تنقص من قدرته على العمل والكسب نقصا كبيرا ، ففرصة زيادة الكسب مقطوع بضياعها على كل حال ، ونقص الكسب إلى حد ضئيل أو انقطاعه هو المرجح فى أغلب الأحوال ، ولن يستطيع أن يخدع الناس أو يحملهم على الثقة به والتعاون معه

رجل يحمل أثر الجريمة فى جسمه وتعلن يده المقطوعة عن سوابقه ، فالخاتمة التى لا يخطئها الحساب أن جانب الخسارة مقطوع به إذا كانت العقوبة القطع وجانب الربح مرجح إذا كانت العقوبة الحبس ، وفى طبيعة الناس كلهم لا السارق وحده أن لا يتأخروا عن عمل يرجح فيه جانب المنفعة وأن لا يقدموا على عمل تتحقق فيه الخسارة .

٤٦٢ ـ اعتراضات مردودة : وأعجب بعد ذلك ممن يقولون إن عقوبة القطع لا تتفق مع ما وصلت إليه الإنسانية والمدنية فى عصرنا الحاضر ، كأن الإنسانية والمدنية أن نقابل السارق بالمكافأة على جريمته ، وأن نشجعه على السير فى غوايته ، وأن نعيش فى خوف واضطراب ، وأن نكد ونشقى ليستولى على ثمار عملنا العاطلون واللصوص .

ثم أعجب بعد ذلك مرة ثانية ممن يقولون إن عقوبة القطع لا تتفق مع ما وصلت إليه الإنسانية والمدنية ، كأن الإنسانية والمدنية أن ننكر العلم الحديث والمنطق الدقيق ، وأن ننسى طبائع البشر ، ونتجاهل تجارب الأمم ، وأن نلغى عقولنا ونهمل النتائج التى وصل إليها تفكيرنا لنأخذ بما يقوله قائله فلا يجد عليه دليلا إلا التهويل والتضليل .

وإذا كانت العقوبة الصالحة حقا هى التى تتفق مع المدنية والإنسانية ، فإن عقوبة الحبس قد حق عليها الإلغاء وعقوبة القطع قد كتب لها البقاء ؛ لأن الأخيرة تقوم على أساس متين من علم النفس وطبائع البشر وتجارب الأمم ومنطق العقول والأشياء ، وهى نفس الأسس التى تقوم عليها المدنية والإنسانية ، أما عقوبة الحبس فلا تقوم على أساس من العلم ولا التجربة ولا تتفق مع منطق العقول ولا طبائع الأشياء .

إن أساس عقوبة القطع هو دراسة نفسية الإنسان وعقليته ، فهى إذن عقوبة ملائمة للأفراد ، وهى فى الوقت ذاته صالحة للجماعة ؛ لأنها تؤدى إلى

تقليل الجرائم وتأمين المجتمع ، وما دامت العقوبة ملائمة للفرد وصالحة للجماعة فهى أفضل العقوبات وأعدلها .

ولكن ذلك كله لا يكفى عند بعض الناس لتبرير عقوبة القطع ؛ لأنهم يرونها كما يقولون عقوبة موسومة بالقسوة ، وتلك هى حجتهم الأولى والأخيرة وهى حجة داحضة ، فإن اسم العقوبة مشتق من العقاب ولا يكون العقاب عقابا إذا كان موسوما بالرخاوة والضعف ، بل يكون لعبا أو عبثا أو شيئا قريبا من هذا ، فالقسوة لابد أن تتمثل فى العقوبة حتى يصح تسميتها بهذا الاسم .

وبعد ذلك فإن القانون أيها السادة الرحماء يوجب الحكم بالأشغال الشاقة المؤبدة فى بعض جرائم السرقة ، ويوجب الحكم بالأشغال الشاقة المؤقتة فى بعض آخر ، فكيف ترضى قلوبكم الرحيمة أن يوضع المحكوم عليه فى السجن كما يوضع الحيوان فى قفصه أو الميت فى قبره طول هذه المدة محروما من حريته بعيداً عن أهله وذويه ، وأيهما أقسى قطع يد المحكوم عليه وتركه بعد ذلك يتمتع بحريته ويعيش بين أهله وولده أم حبسه على هذا الوجه الذى يسلبه حريته وكرامته وإنسانيته ورجولته ؟

والقانون أخيراً أيها الرحماء يبيح عقوبة الإعدام وهى تؤدى إلى إزهاق الروح وفناء الجسد ، أما عقوبة القطع فهى تؤدى إلى فناء جزء من الجسد فقط فمن رضى بعقوبة الإعدام وأنتم بها راضون وجب أن يرضى بعقوبة القطع ؛ لأنها جزء من كل ، ومن لم يستفظع عقوبة الإعدام فليس له أن يستفظع عقوبة القطع بأى حال .

إن الشريعة الإسلامية حين قررت عقوبة القطع لم تكن قاسية ، وهى الشريعة الوحيدة فى العالم التى لا تعرف القسوة ، وما يراه البعض قسوة إنما هو القوة والحسم اللذان تمتاز بهما الشريعة يتمثلان فى العقوبة كما يتمثلان فى العقيدة وفى العبادات وفى الحقوق وفى الواجبات ، ولعل لفظ الرحمة ومشتقاته أكثر

الألفاظ ورودا فى القرآن ، وإن الشريعة لتلزم المسلم أن لا يأكل ولا يشرب ولا يتحرك ولا يسكن ولا يعمل ولا يتعبد ولا ينام ولا يستيقظ حتى يذكر اسم الله الرحمن الرحيم فإذا ذكره ذكر الرحمة وتأثر بها فى قوله وفعله ، والرسول صلى الله عليه وسلم يقول : « الراحمون يرحمهم الرحمن » ويقول : « ارحموا من فى الأرض يرحمكم من فى السماء » فالرحمة أساس من أسس الشريعة الأولية ، وشريعة هذا شأنها لا يمكن أن تعرف للقسوة سبيلا .

المبحث الخامس

فى عقوبة الحرابة

٤٦٣ — **عقوبة المحارب** : ـ فرضت الشريعة لجريمة الحرابة أربع عقوبات هى : ١ ـ القتل ـ ٢ـ القتل مع الصلب ـ ٣ـ القطع ـ ٤ ـ النفى ـ ومصدر هذه العقوبات التشريعى هو القرآن حيث يقول الله جل شأنه : ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ﴾ [المائدة : ٣٣] .

٤٦٤ ـ **القتل** : تجب هذه العقوبة على قاطع الطريق إذا قتل ، وهى حد لا قصاص فلا تسقط بعفو ولى المجنى عليه . وقد وضعت العقوبة على أساس من العلم بطبيعة الإنسان البشرية ، فالقاتل تدفعه إلى القتل غريزة تنازع البقاء بقتل غيره ليبقى هو فإذا علم أنه حين يقتل غيره إنما يقتل نفسه أيضاً امتنع فى الغالب عن القتل ، فالشريعة بتقريرها عقوبة القتل دفعت العوامل النفسية الداعية للقتل بالعوامل النفسية الوحيدة المضادة التى يمكن أن تمنع من ارتكاب الجريمة بحيث إذا فكر الإنسان فى قتل غيره ذكر أنه سيعاقب على فعله بالقتل فكان فى ذلك ما يصرفه غالبا عن الجريمة .

٤٦٥ ـ **القتل مع الصلب** : ـ تجب هذه العقوبة على قاطع الطريق إذا

قتل وأخذ المـال فهى عقوبة على القتل والسرقة معاً أو هى عقوبة على جريمتين كلاهما اقترنت بالأخرى أو ارتكبت إحداهما وهى القتل لتسهيل الأخرى ، وهى أخذ المـال .

والعقوبة حد لا قصاص فلا تسقط بعفو ولى المجنى عليه .

وقد وضعت العقوبة على نفس الأساس الذى وضعت عليه عقوبة القتل لكن لما كان الحصول على المال هنا يشجع بطبيعة الحال على ارتكاب الجريمة وجب أن تغلظ العقوبة بحيث إذا فكر الجانى فى الجريمة وذكر العقوبة المغلظة وجد فيها ما يصرفه عن الجريمة المزدوجة .

ويرى بعض الفقهاء تقديم الصلب على القتل فيصاب الجانى حياً ثم يقتل وهو مصلوب ، وحجة هذا الفريق أن الصلب عقوبة وإنما يعاقب الحى لا الميت . ويرى البعض الآخر تقديم القتل على الصلب فيقتل أولا ثم يصلب ، وحجتهم أن النص قدم القتل على الصلب فى اللفظ فوجب أن يتقدمه فى الفعل ، وأن الصلب قبل القتل تعذيب للمحكوم عليه والشريعة تنهى عن التعذيب ، وأن الصلب ليس عقوبة شرعت لردع القاتل ولو كان عقوبة ردع لجبه القتل طبقاً لقواعد الشريعة ، وإنما هو عقوبة شرعت للزجر فالمقصود من الصلب اشتهار أمره فيرتدع بذلك غيره[١] ، والرأى الأول لمالك وأبى حنيفة ، والرأى الثانى للشافعى وأحمد .

والصلب مع القتل يقابل فى عصرنا الحاضر القتل رمياً بالرصاص حيث يشد المحكوم عليه إلى خشبة على شكل الصليب ثم يطلق عليه الرصاص .

ولا يوافق الفقهاء على إبقاء المصلوب مدة طويلة ، ويحدد بعضهم مدة الصلب بثلاثة أيام ، ويحددها بعضهم ببدء تعفن الجثة فإذا بدىء التعفن أنزلت الجثة ، ويرى البعض الاكتفاء بمجرد الصلب فيصلب بقدر ما يقع عليه اسم

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ٣٠٨ .

الصلب . ويرى البعض أن يصاب بقدر ما يشهر أمره على أن تنزل الجثة قبل بدء التعفن[(١)] .

وقد أحسنت الشريعة فى التفريق بين عقاب القتل وحده والقتل المقترن بأخذ المال ؛ لأن الجريمتين مختلفتان وكلاهما لاتساوى الأخرى فوجب من ناحية المنطق والعقل أن تختلف عقوبة إحداهما عن الأخرى

وقد يقال : إن لا فائدة لأى عقوبة أخرى مع عقوبة القتل خصوصاً وأن الصلب مع القتل ليس إلا القتل مصحوباً بالتهويل فالصلب زيادة لا فائدة منها . والرد على ذلك من أهون الأمور فلكل عقوبة غرضان : تأديب الجانى وزجر غيره ، وإذا كان كل تأديب لغوا بعد عقوبة القتل فكل عقوبة أخرى مهما صغرت لها أثرها فى الزجر إذا صحبت عقوبة القتل ، والصلب حقيقة لايؤثر على المحكوم عليه خصوصاً إذا كان الصلب بعد الموت ولكن أثر الصلب على الجمهور شديد بل قد يكون هو الشىء الوحيد الذى يجعل لعقوبة القتل قيمتها بين الجمهور عامة وبين قطاع الطرق خاصة ، فالصلب له أثره الذى لا ينكر فى زجر الغير وكفه عن الجريمة .

٤٦٦ - **القطع** : تجب هذه العقوبة على قاطع الطريق إذا أخذ المال ولم يقتل[(٢)] . والمقصود بالقطع قطع يد المجرم اليمنى ورجله اليسرى دفعة واحدة أى قطع يده ورجله من خلاف .

وقد وضعت هذه العقوبة على نفس الأساس الذى وضعت عليه عقوبة السرقة . إلا أنه لما كانت الجريمة ترتكب عادة فى الطرق وبعيداً عن العمران كان قاطع الطريق فى أغلب الأمر على ثقة من النجاح وفى أمن من المطاردة ، وهذا مما يقوى العوامل النفسية الداعية للجريمة ويرجعها على العوامل الصارفة

---

(١) المغنى ج ١٠ ص ٣٠٨ .

(٢) راجع الفقرة ٣٧٩ .

التى تبعثها فى النفس عقوبة السرقة العادية ، فوجب من أجل ذلك تغليظ العقوبة حتى تتعادل العوامل النفسية التى تصرف عن الجريمة مع العوامل النفسية التى تدعو إليها .

وعقوبة قاطع الطريق هنا تساوى عقوبة السارق إذا سرق مرتين وهى عقوبة لا شك عادلة ، لأن خطورة قاطع الطريق لا تقل عن ضعف خطورة السارق العادى ، ولأن فرصة قاطع الطريق فى النجاح والإفلات قد تزيد على ضعف فرصة السارق العادى .

وإذا كانت الشريعة تضاعف العقوبة المقررة للسرقة العادية وتجعلها عقوبة لقاطع الطريق فإن القانون المصرى يجعلها خمسة أمثال العقوبة المقررة للسرقة العادية على الأقل ؛ لأنه يعاقب على السرقة المصحوبة بظروف بسيطة بالحبس لمدة ثلاث سنوات ويعاقب على السرقة التى تقع فى الطرقات العمومية بالأشغال الشاقة المؤبدة أو الأشغال الشاقة المؤقتة ، وعقوبة الأشغال المؤقتة حدها خمسة عشر عاماً فهى خمسة أمثال عقوبة الحبس من حيث عدد السنوات ، وسنرى فيما بعد أن حوالى نصف المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة يعودون إلى ارتكاب الجرائم فى ظرف سنة من تاريخ الإفراج عنهم ، وأنهم يخرجون من السجن وهم أشد ميلا للإجرام وأكثر حذقا له ، وأنهم يصبحون بعد خروجهم من السجن خطراً يهدد الأمن والنظام ، ومن السهل أن يصدق كل إنسان هذا القول ويؤمن به ، ولكن هل يستطيع أحد مهما بعد به الخيال أن يصدق أن رجلا مقطوع اليد والرجل يصلح لارتكاب الجرائم أو ينفعه شيئاً حذقه للإجرام أو يستطيع أن يصبح خطراً على الأمن والنظام ؟ .

٤٦٧ - **عقوبة النفى:** تجب هذه العقوبة على قاطع الطريق إذا أخاف الناس ولم يأخذ مالا ولم يقتل .

وتعليل هذه العقوبة أن قاطع الطريق الذى يخيف الناس ولا يأخذ منهم

مالا ولا يقتل منهم أحداً إنما يقصد الشهرة و بعد الصيت فعوقب بالنفى وهو يؤدى إلى الخمول وانقطاع الذكر ، وقد تكون العلة أنه بتخويف الناس نفى الأمن عن الطريق وهو بعض الأرض فعوقب بنفي الأمن عنه فى كل الأرض .

وسواء صحت هذه العلة أو تلك فالعوامل النفسية التى تدعو للجريمة فى كل حال قد دفعتها الشريعة بالعوامل النفسية الوحيدة المضادة التى تصرف عن الجريمة ، فهو إذا فكر فى الجريمة لتجلب له الشهرة ذكر العقوبة فعلم أنها تجر عليه الخمول ، وهو إذا فكر فى الجريمة ليخيف الناس و ينفى الأمن عنهم فى بعض الأرض ذكر العقوبة فعلم أنه سينفى عنه الأمن فى كل الأرض ، وحينئذ ترجح فى أغلب الأحوال العوامل النفسية الصارفة عن الجريمة على العوامل النفسية الداعية إليها فأساس العقوبة هو العلم بطبيعة النفس البشرية .

والرأى الراجح أن النفى يكون من بلد إلى بلد داخل حدود دار الإسلام[١] على أن لا تقل المسافة بين البلدين عن مسافة القصر[٢] ، وعلى أن يحبس الجانى فى البلد الذى ينفى إليه ، وليس للحبس أمد معين بل هو متوقف على ظهور تو بة المحكوم عليه وصلاحه فإن ظهرت أطلق سراحه . وحجتهم فى حبس المحكوم عليه أن العقوبة يجب أن يكون لها معنى ؛ لأن نقل قاطع الطريق من بلد إلى بلد آخر لا معنى له إذا بقى مطلق السراح ، ولا يمنعه أن يفعل مافعله من قبل ، فليكون للنفى معناه يجب أن يحبس[٣] .

وعقو بة النفى بالمعنى السابق تقابل عقو بة الإرسال إلى الإصلاحية التى عرفتها أخيرا القوانين الوضعية ، تلك العقو بة التى تقوم على حبس المحكوم

(١) يرى بعض الفقهاء أن النفى هو إخراج المنفى من أرض الإسلام إلى أرض الحرب وهو رأى مهمل .

(٢) مسافة القصر هى مسيرة يوم بالسير الوسط كما يرى مالك والشافعى وأحمد ، وهى مسيرة ثلاثة أيام كما يرى أبو حنيفة، وهى سبعة عشر ميلا كما يرى البعض .

(٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١١٠ ـ بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٨١ ـ أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٥ ـ المغنى ج ١٠ ص ٣١٣ .

عليه فى مكان خاص مدة غير محدودة بشرط أن لا يحبس أكثر من مدة معينة، وهذه العقوبة تطبيق لنظرية العقوبة غير المحدودة وهى من أحدث نظريات العقاب فى القوانين الوضعية .

وإذا كانت القوانين الوضعية لم تعرف نظرية العقوبة غير المحدودة إلا فى أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين ، فإن الشريعة الإسلامية قد عرفت هذه النظرية وطبقتها من ثلاثة عشر قرنا وتلكم عقوبة النفى على ذلك من الشاهدين ، فمن كان يظن أن القوانين الوضعية حين أخذت بهذه النظرية قد جاءت بشىء جديد فليعلم أنها لم تجىء إلا بأقدم النظريات فى الشريعة الإسلامية ،ومن كان يظن أن عقوبات الشريعةونظرياتها لاتصلح للعصر الحديث فلعله أن يستبين مما تقدم ومما سيجىء أن عقوبات الشريعة ونظرياتها هى ألزم الأشياء لهذا العصر الحديث .

المبحث السادس

فى عقوبة الردة والبغى

٤٦٨ – **عقوبة الردة** : للردة عقوبتان عقوبة أصلية وهى القتل ، وعقوبة تبعية هى المصادرة .

ا – القتل: تعاقب الشريعة المرتد بالقتل، والأصل فى ذلك قوله تعالى ﴿ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر ، فأولئك حبطت أعمالهم فى الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون ﴾ [البقرة : ٢١٧] وقول النبى صلى الله عليه وسلم : « من بدل دينه فاقتلوه » .

ومعنى الردة ترك الدين الإسلامى والخروج عليه بعد اعتناقه فلا تكون الردة إلا من مسلم .

وتعاقب الشريعة على الردة بالقتل ؛ لأنها تقع ضد الدين الإسلامى وعليه

يقوم النظام الاجتماعى للجماعة ، فالتساهل فى هذه الجريمة يؤدى إلى زعزعة هذا النظام ومن ثم عوقب عليها بأشد العقوبات استئصالا للمجرم من المجتمع وحماية للنظام الاجتماعى من ناحية ومنعاً للجريمة وزجراً عنها من ناحية أخرى ، ولا شك أن عقوبة القتل أقدر العقوبات على صرف الناس عن الجريمة ، ومهما كانت العوامل الدافعة إلى الجريمة فإن عقوبة القتل تولد غالباً فى نفس الإنسان من العوامل الصارفة عن الجريمة ما يكبت العوامل الدافعة إليها ويمنع من ارتكاب الجريمة فى أغلب الأحوال .

وأكثر الدول اليوم تحمى نظامها الاجتماعى بأشد العقوبات تفرضها على من يخرج على هذا النظام أو يحاول هدمه أو إضعافه ، وأول العقوبات التى تفرضها القوانين الوضعية لحماية النظام الاجتماعى ،وهى عقوبة الإعدام أى القتل فالقوانين الوضعية اليوم تعاقب على الإخلال بالنظام الاجتماعى بنفس العقوبة التى وضعتها الشريعة لحماية النظام الاجتماعى الإسلامى .

ب ـ المصادرة : عقوبة الردة التبعية هى مصادرة مال المرتد ، ويختلف الفقهاء فى مدى المصادرة فمذهب مالك والشافعى والرأى الراجح فى مذهب أحمد على أن المصادرة تشمل كل مال المرتد ، ومذهب أبى حنيفة ويؤيده بعض الفقهاء فى مذهب أحمد على أن مال المرتد الذى اكتسبه بعد الردة هو الذى يصادر ، أما ماله الذى اكتسبه قبل الردة فهو من حق ورثته المسلمين ، وهناك رواية عن أحمد بأن المال المكتسب بعد الردة لا يصادر إن كان للمرتد من يرثه من أهل دينه الذى اختاره وهى رواية غير مشهورة [1] .

٤٦٩ ـ عقوبة البغى : ـ تعاقب الشريعة على البغى بالقتل والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿ وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما ، فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء إلى أمر الله ﴾ [الحجرات : ٩]

---

١ المغنى جـ ٧ ص ١٧٤ .

وقول الرسول صلى الله عليه وسلم « من أعطى إماما صفقة يده وثمرة فؤاده فليطعه ما استطاع فإن جاء آخر ينازعه فاضربوا عنق الآخر » وقوله: « ستكون هنات وهنات ،ألا ومن خرج على أمتى وهم جميع فاضربوا بالسيف عنقه كائنا من كان » .

وجريمة البغى موجهة إلى نظام الحكم والقائمين بأمره ، وقد تشددت فيها الشريعة ؛ لأن التساهل فيها يؤدى إلى الفتن والاضطرابات وعدم الاستقرار وهذا بدوره يؤدى إلى تأخر الجماعة وانحلالها . ولاشك أن عقوبة القتل أقدر العقوبات على صرف الناس عن هذه الجريمة التى يدفع إليها الطمع وحب الاستعلاء .

وكل الدول اليوم تعاقب على البغى بالإعدام وهو نفس العقوبة المقررة للجريمة فى الشريعة .

الفصل الثانى

فى العقوبات المقررة

لجرائم القصاص والدية

٤٧٠ - **عقوبات متعددة** : - جرائم القصاص والدية هى كما ذكرنا قبلا : (١) القتل العمد . (٢) القتل شبه العمد . (٣) القتل الخطأ . (٤) الجرح العمد (٥) الجرح الخطأ .

والعقوبات المقررة لهذه الجرائم هى : القصاص - الدية - الكفارة - الحرمان من الميراث - الحرمان من الوصية . وسنتكلم فيما يلى عن هذه العقوبات واحدة بعد أخرى .

٤٧١ - (أولا) **القصاص** : - جعلت الشريعة القصاص عقوبة للقتل العمد والجرح العمد ، ومعنى القصاص أن يعاقب المجرم بمثل فعله فيقتل كما قتل ويجرح كما جرح .

ومصدر عقوبة القصاص هو القرآن والسنة فالله جل شأنه يقول : ﴿ ياأيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى ، الحر بالحر ، والعبد بالعبد ، والأنثى بالأنثى ، فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ، ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك، فله عذاب أليم . ولكم فى القصاص حياة ياأولى الألباب لعلكم تتقون ﴾ [البقرة : ١٧٨ ، ١٧٩] ويقول جل شأنه ﴿ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس، والعين بالعين ، والأنف بالأنف ،والأذن بالأذن،والسن بالسن ، والجروح قصاص، فمن تصدق به فهو كفارة له ، ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون﴾ [المائدة : ٤٥] وجاءت السنة مؤكدة لما جاء به القرآن فالرسول صلى الله عليه وسلم يقول : « من اعتبط مؤمنا بقتل فهو قود به ، إلا أن يرضى ولى المقتول » ، ويقول : « من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين ، إن أحبوا فالقود ، وإن أحبوا فالعقل - أى الدية - » .

وليس فى العالم كله قديمه وحديثه عقوبة تفضل عقوبة القصاص ، فهى أعدل العقوبات إذ لا يجازى المجرم إلا بمثل فعله ، وهى أفضل العقوبات للأمن والنظام ؛ لأن المجرم حينما يعلم أنه سيجزى بمثل فعله لا يرتكب الجريمة غالبا .

والذى يدفع المجرم بصفة عامة للقتل والجرح هو تنازع البقاء وحب التغلب والاستعلاء ، فإذا علم المجرم أنه لن يبق بعد فريسته أبقى على نفسه بإبقائه على فريسته ، وإذا علم أنه إذا تغلب على المجنى عليه اليوم فهو متغلب عليه غدا لم يتطلع إلى التغلب عليه عن طريق الجريمة ، وأمامنا على ذلك الأمثلة العملية نراها كل يوم ، فالرجل العصبى المزاج السريع إلى الشر تراه أهدأ ما يكون وأبعد عن الشر وطلب الشجار إذا رأى خصمه أقوى منه أو قدر أنه سيرد على الاعتداء بمثله ، والرجل المسلح قد لا يثنيه شيء عن الاعتداء ولكنه يتراجع و يتردد إذا رأى خصمه مسلحا مثله و يستطيع أن يرد على الاعتداء بالاعتداء ؛ والمصارع والملاكم لا يتحدى أيهما شخصا يعلم أنه أكثر منه قوة أو مرانا أو جلدا ولكنه

يتحدى بسهولة من يظنه أقل منه قوة وأضعف جلداً .

تلك هى طبيعة البشر وضعت الشريعة على أساسها عقوبة القصاص ، فكل دافع نفسى يدعو إلى الجريمة يواجه من عقوبة القصاص دافعاً نفسياً مضاداً يصرف عن الجريمة ، وذلك مايتفق تمام الاتفاق مع علم النفس الحديث .

والقوانين الوضعية الحديثة تعترف بعقوبة القصاص ولكنها تطبقها على جريمة القتل فقط ، فتعاقب بالإعدام على القتل ولكنها لاتعاقب بالقصاص على الجراح ، وتكتفى فى عقاب الجارح بالغرامة والحبس أو بأحدهما .

ولاشك فى أن الشريعة الإسلامية حين سوت بين القتل والجراح فى نوع العقوبة كانت طبيعية ومنطقية . أما القوانين الوضعية فقد باعدت بين نفسها وبين المنطق وطبائع الأشياء حين فرقت فى نوع العقوبة بين هاتين الجريمتين ، ذلك أن جريمتى القتل والجرح من نوع واحد وينبعثان عن دافع واحد ، ولا يكون القتل قتلا قبل أن يكون ضربا أو جرحا فى أغلب الأحوال ، وإنما ينتهى بعض الجروح أوالضربات بالوفاة ، وينتهى البعض بالشفاء فتسمى هذه جراحاً كما تسمى تلك قتلا ، ومادام الجريمتان من نوع واحد فوجب أن تكون عقوبتهما من نوع واحد ، وإذا كانت النتيجة فى كل من الجريمتين تخالف الأخرى ، فإن نتيجة العقوبة مخالفة أيضا بنفس المقدار لاتزيد ولا تنقص ، فالجريمتان نوعهما واحد وأصلهما الجرح ، وعقوبتهما من نوع واحد وهو القصاص ، وإحدى الجريمتين تنتهى بقتل المجنى عليه وعقوبتها قتل المجرم ، والجريمة الثانية تنتهى بجرح المجنى عليه وعقوبتها جرح المجرم ، وهذا هو منطق الشريعة الدقيق وفنها العميق الذى لم يصل إليه القانون بعد والذى قد يصل إليه بعد حين طويل أو قصير ولكنه سيصل إليه دون شك ؛ لأن الأساس الأول فى الشرائع على العموم هو المنطق ، وما دامت القوانين تعترف بعقوبة القصاص وتطبقها على جريمة القتل ، ومادام المنطق يقضى بأن تطبق هذه العقوبة على جريمة الجرح أيضاً ، فلابد من أن

تخضع القوانين لهذا المنطق الذى أخذت بأسبابه واعترفت بمقدماته .

والمجنى عليه ولوليه حق العفو عن عقوبة القصاص، فإذا عفا سقطت العقوبة. والعفو قد يكون مجانا وقد يكون مقابل الدية ، ولكن سقوط عقوبة القصاص بالعفو لا يمنع ولى الأمر من أن يعاقب المجرم بعقوبة تعزيرية مناسبة .

والأصل فى الشريعة أن المجنى عليه ليس له فى الجرائم عامة حق العفو عن العقوبة ، ولكن هذا الحق أعطى استثناء للمجنى عليه أو وليه فى جرائم القصاص والدية دون غيرها من الجرائم ؛ لأن هذه الجرائم تتصل اتصالا وثيقاً بشخص المجنى عليه ، ولأنها تمس المجنى عليه أكثر مما تمس أمن الجماعة ونظامها ، ولم تخش الشريعة أن يمس حق المجنى عليه فى العفو الأمن العام والنظام ؛ لأن جريمة القتل والجرح إذا كانت اعتداء خطيراً على أمن الفرد ، فإنها ليست فى هذه الخطورة بالنسبة لأمن الجماعة ، فكل إنسان لا يخاف قاتل غيره أو ضاربه ولا يخشى أن يعتدى عليه ؛ لأنه يعرف أن القتل أو الجرح أو الضرب لا يكون إلا عن دافع شخصى ، أما السارق مثلا فيخافه كل فرد ويخشاه ؛ لأنه يعلم أن السارق يطلب المال أنى وجده ولا يطلب مال شخص بعينه .

وإذا فرض أن إعطاء حق العفو للمجنى عليه أو وليه يؤثر على الأمن العام ، فإن هذا التأثير لا يكون إلا إذا أسرف المجنى عليه فى استعمال هذا الحق ، والإسراف بعيد الاحتمال ؛ لأن اتصال الجريمة بشخص المجنى عليه مما يدعوه للتشدد فى استعمال حق العفو إذ فى طبيعة الإنسان أن يميل إلى الإنتقام ممن اعتدى عليه أكثر مما يميل إلى العفو عنه ، وإذن ففى اتصال الجريمة بشخص المجنى عليه ضمان لعدم الإسراف فى استعمال حق العفو وبالتالى ضمان لعدم المساس بأمن الجماعة .

ولقد كانت الشريعة عملية ومنطقية فى منح حق العفو للمجنى عليه أو وليه ؛ لأن العقوبة فرضت أصلا لمحاربة الجريمة ولكنها لا تمنع وقوع الجريمة فى أغلب الأحوال ، أما العفو فيؤدى إلى منع الجريمة فى أغلب الأحوال ، لأنه لا يكون إلا

بعد الصلح والتراضي وصفاء النفوس وخلوها من كل مايدعو إلى الجريمة والإجرام فالعفو هنا يؤدى وظيفة العقوبة وينتهى إلى نهاية تعجز العقوبة عن الوصول إليها ، وهذا هو الوجه العملي لتقرير حق العفو . أما من ناحية المنطق فقد قلنا إن جرائم القتل والجرح جرائم شخصية فهى تصدر عن دوافع شخصية فى نفس المجرم سببها شخصية المجنى عليه ، وهى تمس المجنى عليه فى حياته وبدنه أكثر مما تمس المجتمع فى أمنه ، فمن حق المجنى عليه أن يكون لشخصيته اعتبار فى توقيع العقوبة ما دامت الجريمة متصلة بشخصه هذا الاتصال .

وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد اعترفت بحق المجنى عليه فى أن يعفو عن عقوبة بعض الجرائم ، فإن القوانين الوضعية تعترف بنفس هذا المبدأ وإن كانت لا تطبقه على نفس الجرائم التى ينطبق عليها فى الشريعة ، ذلك أن من القوانين الوضعية ما يعترف بحق الزوج وهو المجنى عليه فى جريمة الزنا فى أن يعفو عن عقوبة زوجته الزانية . فالشريعة إذن لم تأت بشيء غريب حين اعترفت للمجنى عليه بحق العفو وإنما جاءت بمبدأ تعترف به اليوم أحدث القوانين ، وتبقى الشريعة بعد ذلك متفوقة على القانون الوضعي تفوقا ظاهراً فى أنها أحسنت اختيار المنطقة التى يطبق فيها المبدأ ؛ لأن تقرير حق العفو فى جرائم القتل والجرح يؤدى إلى الوفاق والوئام ، ويقضى على دواعى النفور وبواعث الانتقام ، فتقل بذلك الجرائم وتخف حدة الإجرام ، أما القانون فقد أساء اختيار المنطقة التى يطبق فيها المبدأ ، لأن تقرير حق العفو فى جريمة الزنا يؤدى إلى شيوع الفاحشة وفساد الأخلاق ، ويهدم نظام الأسرة وإن أريد به الوفاق الوقتى بين الزوجين ، وإذا هدم نظام الأسرة فقد هدم الركن الركين الذى يقوم عليه المجتمع وما وجد القانون لهدم الجماعة وإنما وجد للمحافظة عليها .

وإذا كان القصاص هو عقوبة القتل العمد والجرح العمد فإن الحكم بالقصاص مقيد بإمكانه وبتوفر شروطه ، فإذا لم يكن ممكنا ولم تتوفر شروطه امتنع الحكم

به ووجب الحكم بالدية ولولم يطلب المجنى عليه أو وليه الحكم بها ؛ لأن الدية عقوبة لا يتوقف الحكم بها على طلب الأفراد .

وليس فى الشريعة ما يمنع فى حالة عدم إمكان الحكم بالقصاص من معاقبة الجانى بعقوبة تعزيرية مع الدية إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة . ومذهب مالك على إيجاب عقوبة التعزير كلما سقط القصاص أو امتنع الحكم به فى حالة القتل والجرح[1] .

والقصاص هو العقوبة الأصلية للقتل والجرح فى حالة العمد ، أما الدية أو التعزير فكلاهما عقوبة بدلية تحل محل القصاص عند امتناع القصاص أو سقوطه بالعفو .

٤٧٣ — (ثانيا) الدية : — جعلت الشريعة الدية عقوبة أصلية للقتل والجرح فى شبه العمد والخطأ ، ومصدر هذه العقوبة القرآن وسنة الرسول فالله جل شأنه يقول : ﴿ وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ ، ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا ﴾ [النساء : ٩٢] والرسول صلى الله عليه وسلم يقول : « ألا إن فى قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل » .

والدية مقدار معين من المال وهى وإن كانت عقوبة إلا أنها تدخل فى مال المجنى عليه ولا تدخل خزانة الدولة ، وهى من هذه الناحية أشبه بالتعويض خصوصاً وأن مقدارها يختلف تبعاً لجسامة الإصابات ويختلف بحسب تعمد الجانى للجريمة وعدم تعمده لها .

ومن الخطأ اعتبار الدية تعويضاً لهذا التشابه القوى بينها وبين التعويض إذ الدية عقوبة جنائية لا يتوقف الحكم بها على طلب الأفراد ، وكذلك من

---

(١) مواهب الجليل الجزء السادس ص ٢٦٨ .

التجوز اعتبارها عقوبة خالصة وهى مال خالص للمجنى عليه ، وأفضل ما يقال فى الدية أنها عقوبة وتعويض معاً ، فهى عقوبة لأنها مقررة جزاء للجريمة ، وإذا عفا المجنى عليه عنها جاز تعزير الجانى بعقوبة تعزيرية ملائمة ، ولو لم تكن عقوبة لتوقف الحكم بها على طلب المجنى عليه ، ولما جاز عند العفو عنها أن تحل محلها عقوبة تعزيرية ، وهى تعويض لأنها مال خالص للمجنى عليه ولأنه لا يجوز الحكم بها إذا تنازل المجنى عليه عنها .

وعقوبة الدية ذات حد واحد فليس للقاضى أن ينقص منها شيئاً أو يزيد فى مقدارها ، وهى إن اختلفت فى شبه العمد عنها فى الخطأ واختلفت فى الجراح بحسب نوع الجرح وجسامته فإن مقدارها ثابت لكل جريمة ولكل حالة ، فدية الصغير كدية الكبير ودية الضعيف كدية القوى ، ودية الوضيع كدية الشريف ، ودية المحكوم كدية الحاكم ، ومن المتفق عليه أن دية المرأة على النصف من دية الرجل فى القتل ، أما فى الجراح فأبو حنيفة والشافعى[1] يريان أن ما يجب للمرأة هو نصف ما يجب للرجل بصفة مطلقة ، بينما يرى مالك وأحمد[2] أن المرأة تساوى الرجل إلى ثلث الدية فإن زاد الواجب على ثلث الدية فللمرأة نصف ما يجب للرجل[3] . وهناك خلاف على دية غير المسلمين فالبعض يسوى بين دية المسلم وغير المسلم والبعض يفرق بينهما[4] .

وقد فرقت الشريعة بين عقوبة القتل العمد وعقوبة القتل شبه العمد ، فجعلتها فى الأول القصاص وفى الثانى الدية المغلظة ؛ لأن المجرم فى القتل العمد يقصد قتل

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣١٢ — نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٠٢ .
(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٤٨ — المغنى ج ٩ ص ٥٢٣ .
(٣) هذه القاعدة مطلقة عند أحمد أما مالك فيقيدها باتحاد الفعل واتحاد المحل . راجع شرح الدردير ج ٤ ص ٢٤٩ ومواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٤ ، ٢٦٥ .
(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٥ — شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٨ — المغنى ج ٩ ص ٥٢٧ المهذب ج ٢ ص ٢١١ .

المجنى عليه أما فى شبه العمد فالجرم لا يقصد قتل المجنى عليه ، ووجود هذا الفرق بينهما فى الفعل يمنع من التسوية بينهما فى العقوبة ، وفضلا عن هذا فإنه لا يمكن تطبيق عقوبة القصاص على القتل شبه العمد ؛ لأن القصاص يقتضى التماثل بين ما يفعله الجانى وما يفعل به ، والجانى لم يقصد قتل المجنى عليه ، فإذا قتل الجانى بالمجنى عليه فإن قاتل الجانى لا بد أن يقصد قتله ، وهنا ينعدم التماثل ، فالعدالة والمنطق هما أساس التفرقة بين عقوبة العمد وعقوبة شبه العمد .

وفرقت الشريعة بين عقوبة العمد الخالص والخطأ ، بجعلتها فى حالة العمد القصاص وفى حالة الخطأ الدية المخففة ، ناظرة فى ذلك إلى أن الجانى فى جرائم العمد يتعمد الجريمة ويفكر فيها ويتوسل لارتكابها بمختلف الوسائل ليحقق لنفسه أو لغيره مصلحة مادية أو معنوية ، أما الجانى فى جرائم الخطأ فإنه لا يتعمد الجريمة ولا يفكر فيها وليس ثمة ما يدفعه لارتكابها ، وكل ما هنالك أن إهماله أو عدم احتياطه يؤدى إلى وقوع الفعل المكون للجريمة دون أن يتجه ذهن الجانى إلى هذا الفعل بالذات ، فالجريمة العمدية إذن تتكون من عنصرين : عنصر معنوى هو اتجاه المجرم النفسى للجريمة ، وعنصر مادى هو الفعل المكون للجريمة أما جريمة الخطأ فيتوفر فيها العنصر المادى فقط وينقصها العنصر المعنوى لتساوى الجريمة العمدية ، والفرق بين نفسية الجانى المتعمد وبين نفسية الجانى المخطىء هو علة التفرقة فى عقوبة الجريمتين ، والفرق بين النفسيتين يساوى تماماً الفرق بين العقوبتين ؛ لأن المجرم المتعمد إذا تجرد من العوامل النفسية التى دعته لارتكاب الجريمة أصبح مساوياً للمجرم المخطىء ولم يبق إلا العنصر المادى للجريمة ، ومن أجل ذلك سوت الشريعة بين عقوبة العمد فى حالة العفو وبين عقوبة الخطأ وجعلتها الدية فى الحالين ، فكأن العفو ينصرف إلى العنصر المعنوى فى الجريمة العمدية . فإذا كان العفو عن الدية انصرف إلى العنصر المادى فى الجريمتين.

ولم تعاقب الشريعة فى حالة الخطأ بالقصاص ؛ لانعدام الدوافع النفسية لدى

الجانى ، ولأنه لم يتعمد الجريمة ولم يفكر فيها ، ولكن لما كانت الجريمة سببها الإهمال وعدم الحرص ، ولما كان يتسبب عنها فى الغالب أضرار مالية للمجنى عليه أو لورثته ، فقد رأت الشريعة لهذين السببين أن تكون العقوبة فى أعز ما يحرص عليه الإنسان بعد النفس وهو المال ، فكان جزاء عدم الحرص هو الحرمان من المال الذى يتعب الناس أنفسهم فى الحرص عليه ، وكان جزاء الإضرار بمال الآخرين هو الإضرار بالمال ، ولا شك أن هذه العقوبة كافية لحمل المتهاون المهمل على أن يتمسك بأهداب الحرص واليقظة .

ويتضح مما سبق أن الدية عقوبة مشتركة بين العمد الذى لا قصاص فيه وبين شبه العمد وبين الخطأ ، ولكن مقدار الدية ليس واحداً فى هذه الحالات الثلاث فدية العمد وشبه العمد واحدة وهى الدية المغلظة ، ودية الخطأ هى الدية المخففة .

والأصل أن الدية بصفة عامة مائة من الإبل ، والتغليظ والتخفيف لا دخل له فى العدد وإنما يكون فى أنواع الإبل وأسنانها .

ولفظ الدية إذا أطلق يقصد منه الدية الكاملة وهى مائة من الإبل سواء كانت الدية مغلظة أو مخففة ، أما ما هو أقل من الدية الكاملة فيطلق عليه لفظ الأرش ، فيقال أرش اليد وأرش الرجل على أن الكثيرين يستعملون لفظ الدية فيما يجب أن يستعمل فيه لفظ الأرش .

والأرش على نوعين : أرش مقدر ، وأرش غير مقدر ، فالأول : هو ما حدد الشارع مقداره كأرش الأصبع واليد ، والثانى هو ما لم يرد فيه نص وترك للقاضى تقديره ، ويسمى هذا النوع من الأرش حكومة أو حكومة العدل .

من يحمل الدية : والقاعدة العامة أن دية العمد تجب فى مال الجنى عليه دون غيره سواء كانت الدية عن النفس أو ما دون النفس ، إلا أن مالكا يستثنى من هذه القاعدة أرش الجراح التى يمتنع القصاص فيها خوف تلف الجانى ككسر الفخذ والجائفة ، ويرى أن العاقلة تحمل مع الجانى ما بلغ ثلث دية الجانى أو

المجنى عليه من هذه الجراح بشرط أن لا تـكون الجريمة قد ثبتت على الجانى بالاعتراف لأن العاقلة لاتحمل اعترافاً [١].

ولـكن الفقهاء اختلفوا فيمن يحمل الدية إذا كان الجانى صغيراً أو مجنوناً ، فرأى مالك وأبوحنيفة وأحمد أن الدية الواجبة على الصغير والمجنون تحملها العاقلة ولو تعمد الفعل ؛ لأنهم يرون أن عمد الصغير والمجنون خطأ لاعمد ، إذ لا يمكن أن يكون لهما قصد صحيح فألحق عمدهما بالخطأ [٢] وفى مذهب الشافعى رأيان أحدهما وهو المرجوح يتفق مع الرأى السابق ، والثانى هو الراجح [٣] يرى أن عمد الصغير والمجنون عمد ؛ لأنه يجوز تأديبهما على القتل العمد وإن كان لا يمـكن القصاص منهما ، فكان عمدهما عمداً كالبالغ العاقل وعلى هذا تجب الدية فى مالهما .

ويختلف الفقهاء فى حكم شبه العمد [٤] والخطأ ، فيرى مالك أن العاقلة تحمل مايبلغ ثلث دية المجنى عليه أوالجانى ، فما كان دون الثلث فهوعلى الجانى وحده [٥] ويرى أحمد أن الجانى يحمل ما دون ثلث الدية الكاملة فإن بلغ الثلث أو زاد عليه حملته العاقلة [٦]. ويرى أبوحنيفة أن الجانى يحمل ما دون نصف عشر الدية الـكاملة وما زاد على ذلك تحمله العاقلة [٧]. ويرى الشافعى أن العاقلة تحمل الجميع ماقل أو كثر ؛ لأن من ألزم بالـكثير ألزم بالقليل من باب أولى [٨].

---

(١) شرح الدردير ج ٤ ص ٢٥٠ — بدائع ج ٧ ص ٢٥٥ — المغنى ج ٩ ص ٤٨٨ المهذب ج ٢ ص ٢٠٩ .

(٢) شرح الدردير ج٤ ص ٢١٠ — البحر الرائق ج٨ص٣٤١ — المغنى ج٩ ص٥٠٤

(٣) المهذب ج ٢ ص ٢١٠ .

(٤) يلاحظ أن مالك لا يعترف بشبه العمد والفعل طبقاً لمشهور مذهبه إما أن يكون عمداً أو خطأ ولا وسط بينهما .

(٥) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٥

(٦) المغنى ج ٩ ص ٥٠٥ ، ٥٠٦ .

(٧) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٥ .

(٨) المهذب ج ٢ ص ٢٢٧ .

وإذا حملت العاقلة الدية فيرى مالك وأبو حنيفة أن يتحمل الجانى من الدية مايحمله أحد أفراد العاقلة ، أما الشافعى وأحمد فيريان أن لا يحمل الجانى شيئاً مع العاقلة .

العاقلة : هى من يحمل العقل . والعقل هو الدية وسميت عقلا ؛ لأنها تعقل لسان ولى المقتول ، وقيل : إنها سميت العاقلة ؛ لأنهم يمنعون عن القاتل فالعقل على هذا هو المنع .

وعاقلة القاتل هم عصباته ، فلا يدخل فى العاقلة الإخوة لأم ولا الزوج ولا سائر ذوى الأرحام .

ويدخل فى العصبة سائر العصبات مهما بعدوا ؛ لأنهم عصبة يرثون المال إذا لم يكن وارث أقرب منهم ، ولا يشترط أن يكونوا وارثين فى الحال ، بل متى كانوا يرثون لولا الحجب عقلوا .

ولا تكلف العاقلة من المال ما يجحف بها ويشق عليها ؛ لأنه لزمها من غير جناية على سبيل المواساة للجانى والتخفيف عنه ، فلا يخفف عن الجانى بما يشق على غيره ويجحف به ، ولو كان الإجحاف مشروعا كان الجانى أحق به ؛ لأنه موجب جنايته وجزاء فعله ، فإن لم يشرع فى حقه ففى حق غيره أولى .

واختلف الفقهاء فى مقدار ما يحمله كل فرد ، فقال مالك وأحمد يترك الأمر للحاكم يفرض على كل واحد ما يسهل عليه ولا يؤذيه . وفى مذهب مالك رأى بفرض دينار على كل شخص ، وفى مذهب أحمد رأى آخر بفرض نصف مثقال على الموسر وربع مثقال على متوسط الحال ، وهو مذهب الشافعى . ويرى أبو حنيفة أن لا يزيد ما يؤخذ من الفرد عن ثلاثة دراهم أو أربعة كما يرى التسوية بين الغنى ومتوسط الحال[1] .

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٦ — المغنى ج ٩ س ٥٢٠ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٧ المهذب ج ٢ ص ٢٣٠ ،

وليس على الفقير ولا على المرأة ولا على الصبى ولا على زائل العقل شىء من الدية ؛ لأن تحميل الفقير إجحاف به ؛ ولأن المرأة والصبى والمجنون ليسوا من أهل النصرة ، ولـكن هؤلاء إذا كانوا جناة يعقل عنهم .

وإذا لم يكن للجانى عاقلة أصـلا أو كانت له عاقلة فقيرة أو عددها صغير لا يتحمل كل الدية فهناك رأيان : الأول ويرى أصحابه أن يقوم بيت المال مقام العاقلة ، فإذا لم تـكن عاقلة أو كانت عاقلة ولـكنها فقيرة أخذت الدية كلها من بيت المال وإن كانت عاقلة لا تحمل كل الدية أخذ باقيها من بيت المال . وهذا الرأى هو مذهب مالك والشافعى وظاهر مذهب أبى حنيفة ومذهب أحمد. الثانى: ويرى أصحابه أن الدية تجب فى مال القاتل ؛ لأن الأصل أن القاتل هو المسئول عن الدية ، وإنما حملتها العاقلة للتناصر والتخفيف فإذا لم تـكن عاقلة يرد الأمر لأصله وهذا الرأى رواية عن أبى حنيفة لمحمد ويقول به بعض الحنابلة[1] .

علة تحميل العاقلة الدية : وتحميل الدية للعاقلة معناه أن آخرين غير الجانى يحملون وزر جريمته ، وهو استثناء من القاعدة الشرعية العامة : ﴿ ألا تزر وازرة وزر أخرى ﴾ إلا أن ظروف الجناة والمجنى عليهم هى التى سوغت هـذا الاستثناء وجعلت الأخذ به لازما لتحقيق العدالة والمساواة ، ولضمان الحصول على الحقوق ويمكن تبرير هذا الاستثناء بالمبررات الآتية : ـ

١ ـ لو أخذنا بالقاعدة العامة فتحمل كل مخطىء وزر عمله لـكانت النتيجة أن تنفذ العقوبة على الأغنياء وهم قلة ، ولامتنع تنفيذها على الفقراء وهم الـكثرة ويتبع هذا أن يحصل المجنى عليه أو وليه على الدية كاملة إن كان الجانى غنيا ، وعلى بعضها إن كان متوسط الحال ، أما إذا كان الجانى فقيراً وهو كذلك فى أغلب الأحوال فلا يحصل المجنى عليه من الدية على شىء ، وهكذا تنعدم العدالة

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٦ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٦ — المغنى ج ٩ ص ٥٢٤ المهذب ج ٢ ص ٢٢٨ .

والمساواة بين الجناة كما تنعدم بين المجنى عليهم ، فكان ترك القاعدة العامة إلى هذا الاستثناء واجبا لتحقيق العدالة والمساواة .

٢ - إن الدية وإن كانت عقوبة إلا أنها حق مالى للمجنى عليه أو وليه وقد روعى فى تقديرها أن تكون تعويضا عادلا عن الجريمة ، فلو أخذ بالقاعدة العامة وتحمل المتهم وحده بالدية لما أمكن أن يصل معظم المجنى عليهم إلى الدية التى يحكم بها ؛ لأن مقدار الدية أكبر عادة من ثروة الفرد ، إذ الدية الكاملة مائة من الإبل تقدر بألف دينار ، ولا شك أن ثروة الفرد الواحد فى أغلب الأحوال أقل بكثير من مقدار لدية الواحدة ، فلو طبقنا القاعدة العامة وتحمل الجانى وحده وزر عمله لكان ذلك مانعا من حصول المجنى عليهم على حقوقهم ، فكان ترك القاعدة إلى هذا الاستثناء هو الضمان الوحيد الذى يضمن وصول الحقوق المقررة إلى أربابها .

ويلاحظ أن المجنى عليهم فى جرائم العمد لايتعرضون لمثل هذه الحالة ؛ لأن العقوبة الأصلية هى القصاص ولا تستبدل بها الدية الا إذا عفا المجنى عليه أو وليه عن القصاص ، ولن يعفو أحدهم عن القصاص إلا إذا كان ضامنا الحصول على الدية ، فإذا عفا أحدهم عن القصاص وقبل الدية ولم يكن مال الجانى كافيا لسداد الدية فذلك هو اختيار المجنى عليه أو وليه وليس لأحدهما أن يتضرر من هذا الوضع الذى وضع فيه نفسه .

٣ - إن العاقله تحمل الدية فى جرائم الخطأ أو فى شبه العمد وهو ملحق بالخطأ وأساس جرائم الخطأ هو الإهمال وعدم الاحتياط ، وهذان سببهما سوء التوجيه وسوء التربية غالباً ، والمسئول عن تربية الفرد وتوجيهه هم المتصلون به بصلة الدم ، كما أن الفرد ينقل دائماً عن أسرته ويتشبه بأقاربه ، فكأن الإهمال وعدم الاحتياط هو فى الغالب ميراث الأسرة، ولما كانت الأسرة تأخذ عن البيئة والجماعة فيكون الإهمال وعدم الاحتياط فى النهاية ميراث الجماعة ، فوجب لهذا

أن تتحمل أولا عاقلة الجانى نتيجة خطئه ، وأن تتحمل الجماعة أخيراً هذا الخطأ كلما عجزت العاقلة عن حمله .

ويمكننا أن نقول أيضاً : إن الإهمال وعدم الاحتياط هو نتيجة الشعور بالعزة والقوة ، وإن هذا الشعور يتولد من الاتصال بالأسرة ومن الاتصال بالجماعة ، فالمشاهد أن من لا أسرة له يكون أكثر احتياطا ويقظة ممن له أسرة ، وأن المنتمين للأقليات يكونون أكثر حرصاً من المنتمين للأكثريات . فوجب لهذا أن تتحمل العاقلة والجماعة نتيجة الخطأ ما دام أنهما هما المصدر الأول للإهمال وعدم الاحتياط .

٤ - إن نظام الأسرة ونظام الجماعة يقوم كلاهما بطبيعته على التناصر والتعاون ومن واجب الفرد فى كل أسرة أن يناصر باقى أفراد الأسرة ويتعاون معهم . وكذلك واجب الفرد فى كل جماعة . وتحميل العاقلة أولا والجماعة ثانياً نتيجة خطأ الجانى يحقق التعاون والتناصر تحقيقاً تاماً بل إنه يجدده ويؤكده فى كل وقت . فكلما وقعت جريمة من جرائم الخطأ اتصل الجانى بعاقلته واتصلت العاقلة بعضها ببعض وتعاونوا على جمع الدية وإخراجها من أموالهم . ولما كانت جرائم الخطأ تقع كل يوم فمعنى ذلك أن الاتصال والتعاون والتناصر بين الأفراد ثم الجماعة كل أولئك يظل متجدداً مستمراً .

٥ - إن الحكم بالدية على الجانى وعلى عاقلته فيه تخفيف عن الجناة ورحمة بهم وليس فيه غبن ولا ظلم لغيرهم ؛ لأن الجانى الذى تحمل عنه العاقلة اليوم دية جريمته ملزم بأن يتحمل غدا بنصيب من الدية المقررة لجريمة غيره من أفراد العاقلة وما دام كل إنسان معرضا للخطأ فسيأتى اليوم الذى يكون فيه ما حمله فرد بعينه عن غيره مساوياً لما تحمله هذا الغير عنه .

٦ - إن القاعدة الأساسية فى الشريعة هى حياطة الدماء وصيانتها وعدم إهدارها ، والدية مقررة بدلا من الدم وصيانة له عن الإهدار ، فلو تحمل كل

جان وحده بالدية التى تجب بجريمته وكان عاجزاً عن أدائها ، لأهدر بذلك دم المجنى عليه ، فكان الخروج عن القاعدة العامة إلى الاستثناء واجبا حتى لاتذهب الدماء هدراً دون مقابل .

هذه هى أهم المبررات التى دعت إلى الخروج على القاعدة العامة ، ولعل هذا الاستثناء هو فى الشريعة الإسلامية الاستثناء الوحيد لقاعدة ألا تزر وزارة وزر أخرى أو لقاعدة تفريد العقاب كما تسميها النظريات القانونية الحديثة ، وقد أخذت الشريعة بهذا الاستثناء ؛ لأنه يحقق الرحمة والمساواة والعدالة ويمنع إهدار الدماء ويضمن الحصول على الحقوق [١] .

هل يمكن الأخذ بنظام العاقلة اليوم ؟ : ونظام العاقلة على ما فيه من عدالة وتسوية بين الجناة والمجنى عليهم لا يمكن أن يقوم فى عهدنا الحاضر ، لأن أساسه وجود العاقلة ، ولا شك أن العاقلة ليس لها وجود اليوم إلا فى النادر الذى لا حكم له ، وإذا وجدت فإن عدد أفرادها قليل لا يتحمل أن تفرض عليه كل الدية ، ولقد كان للعاقلة وجود طالما احتفظ الناس بأنسابهم وقراباتهم وانتموا إلى قبائلهم وأصولهم ، أما الآن فلا شىء من هذا فى أغلب البلاد والأقطار ، وإذن فلا محيص من الأخذ بأحد الرأيين الذين أخذ بهما الفقهاء من قبل ، فإما الرجوع على الجانى بكل الدية ، وإما الرجوع على بيت المال .

والرجوع على الجانى يؤدى إلى إهدار دماء أكثر المجنى عليهم ؛ لأن أكثر الجناة فقراء وهـذا لا يتفق مع أغراض الشريعة التى تقوم على حفظ الدماء وحياطتها ، كما أن الرجوع على الجانى يؤدى إلى انعدام العدالة والمساواة .

والرجوع على بيت المال يرهق الخزانة العامة ، ولـكنه يحقق العدالة والمساواة ويصون الدماء ، ويحقق أغراض الشريعة ، وإذن فيجب أن لا يكون الخوف من إرهاق الخزانة مانعا من العـدالة والمساواة ، وحائلا دون تحقيق أغراض

---

(١) راجع الفقرة ٢٨١ .

الشريعة ، فالحكومة تستطيع أن تفرض ضريبة عامة تخصص دخلها لهذا النوع من التعويض ، وتستطيع أن تخصص الغرامات التى يحكم بها على المتقاضين لهذا الغرض ، وإذا كانت الحكومات المصرية تلزم نفسها بإعالة الفقراء والعاطلين فأولى أن تلزم نفسها بتعويض المجنى عليهم وورثتهم المنكوبين .

ولقد أخذت بعض الدول الأوربية بهذه الفكرة كألمانيا وإيطاليا ويوغوسلافيا فأنشأت خزانة خاصة تسمى خزانة الغرامات إيرادها المبالغ المتحصلة من الغرامات التى تحكم بها المحاكم ، وخصص إيراد هذه الخزانة لتعويض المجنى عليهم فى الجرائم بشرط أن تكون أموال الجانى لا تكفى للتعويض [1] .

وهذا الذى أخذت به بعض البلاد الأوربية هو جزء من نظام العاقلة أخذت به هذه البلاد لتحقق بعض الأغراض التى ترمى الشريعة لتحقيقها ، وإذا كان نظام العاقلة يقوم على هذا الوجه فى البلاد الأوربية فأولى بنا وهو نظامنا الأصيل أن نقيمه بيننا على الوجه الذى يحقق أغراض الشريعة ويلائم ظروفنا .

٤٧٣ — (ثالثا) — الكفارة: — الأصل فى الكفارة قوله تعالى : ﴿ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا ، فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ، وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله ﴾ [النساء : ٩٢] .

والكفارة عقوبة أصلية وهى عتق رقبة مؤمنة ، فمن لم يجدها أو يجد قيمتها يتصدق بها فعليه صيام شهرين متتابعين ، فالصوم عقوبة بدلية لا تكون إلا إذا امتنع تنفيذ العقوبة الأصلية .

وظاهر النص أن الكفارة شرعت فى القتل الخطأ ، ومن المتفق عليه أنها واجبة

---

(١) الموسوعة الجنائية جـ ٥ ص ١٢٤ .

فى القتل الخطأ وكذلك القتل شبه العمد ؛ لأنه يشبه الخطأ من وجه إذ الجانى لا يقصد قتل المجنى عليه .

ولكن الفقهاء اختلفوا فى وجوب الكفارة فى القتل العمد ، فيرى الشافعى أنها تجب فى القتل العمد ؛ لأنها إذا وجبت فى القتل الخطأ مع عدم الأثم فلأن تجب فى العمد وقد تغلظ بالإثم أولى [(١)] ، ولأحمد رأى يتفق مع رأى الشافعى ولكن المشهور فى المذهب أن لا كفارة فى القتل العمد ؛ لأن نص القتل العمد ؛ جاء خلواً من الكفارة [(٢)] . ويرى أبو حنيفة أن لا كفارة فى القتل العمد ؛ لأن الكفارة من العقوبات المقدرة فلابد من النص عليها [(٣)] . ولا يوجب مالك الكفارة فى القتل العمد ولكنه يراها مندوباً إليها فى العمد الذى لم يقتص فيه سواء كان عدم القصاص راجعاً لمانع شرعى أو للعفو [(٤)]

ولا يفرق مالك والشافعى وأحمد فى القتل الذى تجب فيه الكفارة بين أن يكون القتل مباشراً أو بالتسبب ، ولكن أبا حنيفة يرى أن لا كفارة فى القتل بالتسبب أيا كان نوعه أى : ولو كان خطأ [(٥)] .

على من تجب الكفارة ؟ ــ تجب الكفارة عند الشافعى وأحمد على القاتل أيا كان بالغاً أو غير بالغ ، عاقلا أو مجنوناً مسلماً أو غير مسلم [(٦)] . ويرى مالك أنها تجب على الصبى والبالغ والعاقل والمجنون ولكنها لا تجب إلا على مسلم ؛ لأنها تعبدية [(٧)] . ويرى أبو حنيفة أنها لا تجب إلا على بالغ مسلم ؛ لأن الصبى والمجنون

---

(١) المهذب جـ ٢ ص ٣٣٤ .

(٢) المغنى جـ ١٠ ص ٤٠ .

(٣) البحر الرائق جـ ٨ ص ٢٩١

(٤) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٦٨ .

(٥) شرح الدردير جـ ٤ ص ٢٥٤ — البحر الرائق جـ ٨ ص ٢٩٣ — المغنى جـ ١٠ ص ٣٧ المهذب جـ ٢ ص ٢٣٤

(٦) المغنى جـ ١٠ ص ٣٨ ــ نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٣٦٤ ، ٣٦٥ .

(٧) شرح الدردير جـ ٤ ص ٢٥٤ ــ مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٨٦ .

لا يخاطب كلاهما بالشرائع أصلا ؛ ولأن غير المسلم لا يلزم بما هو عبادة ، والكفارة وإن كانت عقوبة إلا أنها فى نفس الوقت عبادة [١]

وحجة الشافعى وأحمد بأن الكفارة عقوبة مالية ، والمجنون والصغير وإن لم يسألا عن فعلهما من الناحية الجنائية فإنهما ضامنان له من الناحية المالية ، وأما غير المسلم فهو ملزم بالكفارة لعموم النص .

الصيام : والصيام عقوبة بدلية لعقوبة الكفارة الأصلية وهى العتق ، ولا يجب الصيام إلا إذا لم يجد القاتل الرقبة أو قيمتها فاضلة عن حاجته ، فإن وجدها فلا يجب الصيام عليه .

٤٧٤ - رابعاً : الحرمان من الميراث : الحرمان من الميراث عقوبة تبعية تصيب القاتل تبعاً للحكم عليه بعقوبة القتل ، والأصل فى ذلك قوله عليه الصلاة والسلام : « ليس للقاتل شىء من الميراث » وقوله « ليس للقاتل ميراث بعد صاحب البقرة »

وقد اختلف الفقهاء اختلافاً كبيراً فى الحرمان من الميراث بحيث لا يتفق مذهبان فى هذه المسألة .

فمالك يرى أن القتل المانع من الميراث هو القتل العمد العدوان سواء كان القتل مباشرة أو تسبباً ،وسواء اقتص من القاتل أو درىء عنه القصاص لسبب ما. أما القتل الخطأ فلا يحرم القاتل من الميراث وإنما يحرمه فقط من الدية التى وجبت بالقتل [٢] . والرأى الراجح فى المذهب يقضى بحرمان الصغير والمجنون من الميراث .

وأبو حنيفة يرى حرمان القاتل من الميراث أيا كان نوع القتل بشرط أن يكون القتل مباشرة لا تسبباً، وأن يكون عدواناً،وأن لا يكون من صغير ولا مجنون [٣] .

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٢ .

(٢) شرح الدردير ج ٤ ص ٤٣٢ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٤٢٢ .

(٣) البحر الرائق ج ٨ ص ٤٨٨ ، ٥٠٠ .

واختلف أصحاب الشافعى ، فمنهم من فرق بين القتل المضمون وبين القتل غير المضمون ورأى الحرمان من الميراث إذا كان القتل مضمونا ؛ لأنه قتل بغير حق ، أما القتل غير المضمون فلا يمنع من الميراث ؛ لأنه قتل بحق . ومنهم من قال إن كان متهما باستعجال الميراث حرم من الميراث ، كما فى القتل الخطأ ، وكما لو حكم حاكم على مورثه فى جريمة الزنا على أساس البينة فإنه يحرم ؛ لأنه متهم فى قتله باستعجال الميراث وإن لم يكن متهما باستعجال الميراث فلا حرمان كما لو حكم عليه فى الزنا بإقراره .

والرأى الراجح فى المذهب غير هذين وهو أن القاتل يحرم الإرث فى كل حال سواء كان القتل عمدا أو شبه عمد أو خطأ ، وسواء كان مباشرة أو تسببا وسواء كان القتل بحق أو بغير حق ، وسواء كان القاتل بالغا عاقلا أو صغيراً أو مجنونا وأصحاب هذا الرأى يرون أن الحرمان من الميراث قصد به سد الذرائع ومنع الوارث من استعجال الميراث [1] .

ويرى أحمد أن القتل المضمون هو القتل المانع من الإرث ، أما غير المضمون فلا يمنع الميراث كالقتل دفاعا عن النفس والقتل قصاصا . ويعللون حرمان الصبى والمجنون من الميراث فى مذهب أحمد ؛ بأن ما فعله أحدهما هو فعل محرم لكنه لم يعاقب عليه بعقوبة الحد لقصور أهليته ، وامتناع القصاص لقصور الأهلية لا يمنع من حرمان الجانى من الميراث بل إن الاحتياط يقتضى المنع من الميراث صونا للدماء [2] .

٤٧٥ - الحرمان من الوصية : الحرمان من الوصية عقوبة تبعية، والأصل فيها قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا وصية لقاتل » وقوله : « ليس لقاتل شىء » وذكر الشىء نكرة فى محل النفى يعم الميراث والوصية جميعا .

---

(١) المهذب جـ ٢ ص ٢٦ .
(٢) الإقناع جـ ٣ ص ١٢٣ - مجلة القانون والاقتصاد س ٦ ص ٥٨٦ .

٥٠٣ اختلاف الفقهاء فى تفسير هذين النصين وتطبيقهما : ـ

فنى مذهب مالك يفرقون بين القتل العمد والقتل الخطأ ، ويتفقون على أن القتل الخطأ لا يصلح سببا للحرمان من الوصية ، فالقاتل خطأ تصح الوصية له فى المال ولو لم يكن المقتول عالما بأنه هو قاتله فإن علم بأنه قاتله وأوصى له صحت الوصية فى المال وفى الدية . ولكنهم اختلفوا فى القتل العمد ، فرأى البعض أن الوصية لا تصح إذا كان المقتول لا يعلم أن الموصى له قاتله ، فإن علم أنه قاتله وأوصى له بعد الجناية فالوصية تصح فى المال ولا تصح فى الدية ؛ لأن الدية مال لم يجب إلا بالموت ، وعلى هذا إذا كانت الوصية قبل الجريمة فإنها تبطل بارتكاب جريمة القتل العمد إلا إذا رأى المقتول البقاء على الوصية . ورأى البعض الآخر أن الوصية تصح للقاتل عمدا سواء علم الموصى بأنه قاتله أو لم يعلم ، ويستوى عند أصحاب هذا الرأى أن تكون الوصية قبل القتل أو بعده فهى صحيحة فى الحالين [1] .

ويرى أبو حنيفة حرمان القاتل من الوصية أيا كان نوع القتل بشرط أن يكون القتل مباشرا ، وأن يكون عدوانا وأن يكون من بالغ عاقل . ويرى أبو حنيفة أن الوصية تصح إذا أجازها الورثة ، ويرى أبو يوسف أنها لا تصح ولو أجازها الورثة ؛ لأن المانع من الوصية هو القتل لا مصلحة الورثة [2] .

وفى مذهبى الشافعى وأحمد نظريتان : ـ

الأولى : ويرى أصحابها أن الوصية لا تصح لقاتل ، وأصحاب هذه النظرية ينقسمون بعد ذلك إلى فريقين : فريق يرى أن الوصية لا تصح ولو أجازها الورثة ؛ لأن المانع من الوصية هو القتل لا مصلحة الورثة فإجازة الورثة تكون هبة مبتدأة ينبغى أن تتوافر فيها شروط الهبة . وفريق يرى أن الوصية تصح بإجازة الورثة .

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٨٦ ـ شرح الدردير ج٤ ص ٣٧٩ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٣٩ ، ٣٤٠ .

الثانية : — يرى أصحابها أن الوصية للقاتل صحيحة فى كل حال دون حاجة لإجازة الورثة (١)

الفصل الثالث

فى عقوبات الكفارات

٤٧٦ - الكفارة : - هى العقوبة المقررة على المعصيه بقصد التكفير عن إتيانها . والكفارة فى الأصل نوع من العبادة ؛ لأنها عبارة عن عتق أو إطعام مساكين أو صوم ، فإذا فرضت على عمل لا يعتبر معصية فهى عبادة خالصة كالإطعام بدلا من الصوم لمن لا يطيق الصوم ، و إذا فرضت على ما يعتبرمعصية فهى عقوبة جنائية خالصة كالكفارة فى القتل الخطأ ؛ ولأن الكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة نستطيع أن نسميها عقوبة تعبدية .

والكفارات عقوبات مقدرة حدد الشارع أنواعها وبين مقاديرها ومن أجل هذا فهى لا تجب إلا فيما أوجبها فيه الشارع بنص صريح .

والجرائم التى يحكم فيهـا بالكفارة محدودة وهى : (١) إفساد الصيام . (٢) إفساد الإحرام (٣) الحنث فى اليمين (٤) الوطء فى الحيض (٥) الوطء فى الظهار (٦) القتل .

والكفارة الواجبة فى كل هذه الجرائم ليست واحدة وهى تختلف فى نوعها ومقدارها وطريقة أدائها باختلاف الجريمة .

وعقوبة الكفارة قد تصحبها عقوبة مقدرة أخرى كما هو الحال فى القتل الخطأ فعقوبته الدية والكفارة معا وكلاهما عقوبة مقدرة ، وقدتصحب الكفارة

---

(١) المهذب ج ١ ص ٤٥٧ ــ الإقناع ج٣ ص٥٩ ــ الشرح الكبير ج٩ ص٤٢٤ ، ٤٢٥ .

عقوبة غير مقدرة أى عقوبة تعزيرية كما هو الحال فى الظهار [١] .

والكفارات التى فرضتها الشريعة عقوبات جنائية هى : العتق، والإطعام، والكسوة ، والصيام .

أولا ــ العتق : ــ المقصود عتق رقبة أى تحرير أحد الأرقام ، ويشترط فى الرقيق المعتق شروطا خاصة لامحل لذكرها هنا ، كما يشترط لعتق الرقبة أن تكون فاضلة عن حاجة المعتق ، فإن لم يجد الرقبة ووجد قيمتها فاضلة عن حاجته تصدق بقيمتها .

واليوم وقد بطل الرق فى العالم كله تقريبا يجب على من وجب عليه عتق رقبة أن يتصدق بقيمتها إن وجد قيمتها فاضلة عن حاجته .

ثانيا ــ الإطعام : ــ المقصود بالإطعام إطعام المساكين ، وكفارة الإطعام تختلف باختلاف الجرائم فقد تكون الكفارة إطعام عشرة مساكين كما فى كفارة اليمين ، وقد تكون إطعام ستين مسكينا كما هو الحال فى إفساد الصوم .

ويجزىء فى الإطعام أن يكون من أوسط ما يطعم المطعم أهله وأن يكون مرة واحدة .

ثالثا ــ الكسوة: الكسوة لا تدخل فى غير كفارة اليمين حيث لم ينص عليها إلا فى كفارة اليمين ، ولا يجزىء فى الكفارة أقل من كسوة عشرة مساكين لقوله تعالى ﴿فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم﴾ .

رابعا ــ الصيام : والمقصود صيام الجانى ، والصوم لا يكون عادة إلا فى حالة العجز عن الكفارات الأخرى ، وتختلف مدة الصيام باختلاف الجريمة التى يكفر عنها ، فقد يكون ثلاثة أيام كما فى كفارة اليمين أو صوم شهرين كما فى القتل الخطأ .

---

(١) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٢٥٩ ــ المقدمات لابن رشد جـ ٢ ص ١٥١ ــ أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٦٢ .

ومن المسلم به أن الصيام لا يجوز إلا فى حق المسلم ، أما غير المسلم فلا يطلب منه التكفير بالصيام ؛ لأن الصوم عبادة لا يلزم بها غير المسلم .

الفصل الرابع

فى عقوبات التعازير

٤٧٧ - **ماهية التعازير** : - التعزير هو تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود أى : هو عقوبة على جرائم لم تضع الشريعة لأيها عقوبة مقدرة .

والتعازير هى مجموعة من العقوبات غير المقدرة تبدأ بأتفه العقوبات كالنصح والإنذار وتنتهى بأشد العقوبات كالحبس والجلد ، بل قد تصل للقتل فى الجرائم الخطيرة ، ويترك للقاضى أن يختار من بينها العقوبة الملائمة للجريمة ولحال المجرم ونفسيته وسوابقه .

ويعاقب بالتعزير على كل الجرائم فيما عدا جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية فلها عقوباتها الخاصة ، ولا يعاقب عليها بالتعزير باعتبار التعزير عقوبة أصلية وإنما باعتباره عقوبة بدلية تجب عند امتناع العقوبة الأصلية كعدم توفر شروط الحد ، أو باعتباره عقوبة إضافة تضاف إلى العقوبة الأصلية كالتغريب فى الزنا عند أبى حنيفة ، وكإضافة التعزير للقصاص فى الجراح عند مالك ، وكإضافة أربعين جلدة على حد الخمر عند الشافعى .

وقد جرى التشريع الجنائى الإسلامى على أن لا يفرض لكل جريمة من جرائم التعزير عقوبة معينة كما تفعل القوانين الوضعية ؛ لأن تقييد القاضى بعقوبة معينة يمنع العقوبة أن تؤدى وظيفتها ، ويجعل العقوبة غير عادلة فى كثير من الأحوال ؛ لأن ظروف الجرائم والمجرمين تختلف اختلافا بينا ، وما قد يصلح مجرما بعينه قد يفسد مجرما آخر ، وما يردع شخصا عن جريمة قد لا يردع غيره

ومن أجل هذا وضعت الشريعة لجرائم التعازير عقوبات متعددة مختلفة هي مجموعة كاملة من العقوبات تتسلسل من أتفه العقوبات إلى أشدها ، وتركت للقاضي أن يختار من بينها العقوبة التي يراها كفيلة بتأديب الجاني واستصلاحه وبحماية الجماعة من الإجرام ، وللقاضي أن يعاقب بعقوبة واحدة أو بأكثر منها ، وله أن يخفف العقوبة أو يشددها إن كانت العقوبة ذات حدين ، وله أن يوقف تنفيذ العقوبة إن رأى في ذلك ما يكفي لتأديب الجاني وردعه واستصلاحه .

وليس ثمة خطر من إعطاء القاضي هذا السلطان الواسع في جرائم التعزير ؛ لأنها ليست في الغالب جرائم خطيرة؛ ولأن التساهل فيها قد يصلح الجاني أكثر مما يفسده ، أما الجرائم الخطيرة وهي جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية فقد وضعت لها الشريعة عقوبات مقدرة ، ولم تترك للقاضي أي سلطان عليها إلا تطبيق العقوبة المقررة كلما ثبتت الجريمة على الجاني .

وإذا كانت الشريعة قد عرفت عقوبات تعزيرية معينة فليس معنى ذلك أنها لا تقبل غيرها ، بل إن الشريعة تتسع لكل عقوبة تصلح الجاني وتؤدبه وتحمي الجماعة من الإجرام ، والقاعدة العامة في الشريعة أن كل عقوبة تؤدي إلى تأديب المجرم واستصلاحه وزجر غيره وحماية الجماعة من شر المجرم والجريمة هي عقوبة مشروعة .

٤٧٨ - **الفرق بين التعازير وغيرها من العقوبات** : هناك فروق ظاهرة تميز التعازير عن العقوبات المقررة لجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وأهم هذه الفروق ما يأتي : -

(١) العقوبات المقررة لجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية هي عقوبات مقدرة معينة ، فهي عقوبات لازمة ليس للقاضي أن يستبدل بها غيرها ، وليس له

أن ينقص منها أو يزيد فيها ولو كانت بطبيعتها ذات حدين كالجلد؛ لأن تقديرها وتعيينها يجعلها فى حكم العقوبة ذات الحد الواحد .

أما التعازير فهى عقوبات غير مقدرة ، فللقاضى أن يختار من بينها العقوبة الملائمة ، وهى فى الغالب ذات حدين وللقاضى أن ينزل بالعقوبة إلى حدها الأدنى أو يرتفع بها إلى الحد الأعلى ، على أن من عقوبات التعازير ماهو ذو حد واحد كالتوبيخ والنصح ،ولكن القاضى مع هذا غير مقيد بعقوبة بعينها إلا إذا كانت هى بالذات الملائمة للجريمة والمجرم .

(٢) العقوبات المقررة لجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية لا تقبل العفو ولا الإسقاط من ولى الأمر ،أما التعازير فتقبل العفو من ولى الأمر سواء كانت الجريمة ماسة بالجماعة أو بالأفراد .

(٣) عقوبات جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ينظر فيها إلى الجريمة ولا اعتبار فيها لشخصية المجرم ، أما التعازير فينظر فيها إلى الجريمة وإلى شخص المجرم معاً .

٤٧٩ - أنواع التعازير : التعازير على أنواع فى الشريعة ، وسنذكر فيما يلى أهم ما عرفته الشريعة من التعازير ووضع فعلا موضع العمل ، وعلينا أن لا ننسى أن مبادىء الشريعة لا تمنع من الأخذ بأية عقوبة أخرى تحقق أغراض الشريعة من العقاب .

٤٨٠ - عقوبة القتل : الأصل فى الشريعة أن التعزير للتأديب ، وأنه يجوز من التعزير ما أمنت عاقبته غالباً[1] فينبغى أن لا تكون عقوبة التعزير مهلكة ، ومن ثم فلا يجوز فى التعزير قتل ولا قطع[2] .

---

(١) البحر الرائق جـ ٥ ص ٤٤ - شرح الزرقانى جـ ٨ ص ١١٥، ١١٦ - أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٦١ وما بعدها .

(٢) المراجع السابقة وتبصرة الحكام جـ ٢ ص ٢٦٤ والإقناع جـ ٤ ص ٢٦٩

لكن الكثيرين من الفقهاء أجازوا استثناء من هذه القاعدة العامة أن يعاقب بالقتل تعزيراً إذا اقتضت المصلحة العامة تقرير عقوبة القتل، أو كان فساد المجرم لا يزول إلا بقتله، كقتل الجاسوس والداعية إلى البدعة ومعتاد الجرائم الخطيرة[١].

وإذا كان القتل تعزيراً قد جاء استثناء من القاعدة فإنه لا يتوسع فيه ولا يترك أمره للقاضي ككل العقوبات التعزيرية، بل يجب أن يعين ولي الأمر الجرائم التي يجوز فيها الحكم بالقتل، وقد اجتهد الفقهاء في تعيين هذه الجرائم وتحديدها، ولم يبيحوا القتل إلا إذا اقتضت الضرورة ذلك بأن كان المجرم قد تكررت جرائمه ويئس من إصلاحه، أو كان استئصال المجرم ضرورياً لدفع فساده وحماية الجماعة منه.

ويبيح الحنفيون عامة القتل تعزيراً ويسمونه القتل سياسة، ويرى بعض الحنابلة هذا الرأي وعلى الأخص ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، ويأخذ بهذا الرأي قليل من المالكية[٢] ولكن أكثر الجرائم التي يبيح فيها الحنفية القتل تعزيراً أو سياسة يعاقب عليها بالقتل حداً أو قصاصاً في المذاهب الأخرى، فما يظن توسعاً في مذهب الحنفية من هذه الوجهة هو توسع ظاهري في أكثر الحالات، فمثلا لا يبيح الحنفية القتل تعزيراً في جريمة القتل بالمثقل وفي جريمة اللواط ولا يرون القتل قصاصاً في الحالة الأولى أو حداً في الحالة الثانيه، بينما يرى مالك والشافعي وأحمد قتل القاتل بالمثقل قصاصاً وقتل اللائط والملوط به حداً، ويرى بعض الحنابلة والمالكية قتل الداعية إلى البدعة تعزيراً بينما يراه غيرهم مرتداً بدعوته للبدعة فيقتل حداً.

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٢٤٧، ٢٤٨ – الإقناع جـ ٤ ص ٢٧١ – الطرق الحكمية لابن القيم ص ١٠٦ – الاختيارات لابن تيمية ص ١٧٨، ١٧٩ – مواهب الجليل جـ ٣ ص ٣٥٧ – البحر الرائق جـ ٥ ص ٤٥ – مجموعة الرسائل. الحسبة. ص ٥٨.

(٢) لا يبيح الشافعيون ومعظم المالكين القتل تعزيراً ويفضلون أن يحبس الجاني المفسد الذي يستضر بجرائمه إلى غير أمد لكف شره عن الجماعة، ويؤيدهم في هذا الاتجاه بعض الحنابلة.

والقتل تعزيراً بالشروط السابقة لا يمكن أن يكون إلا فى جرائم تعزيرية محدودة العدد ، وقد رأينا فيما سبق أن الشريعة جعلت القتل عقوبة فى أربع جرائم من جرائم الحدود هى : الزنا ، والحرابة ، والردة ، والبغى . وجعلته عقوبة فى جريمة واحدة من القصاص هى القتل العمد ، فإذا قدرنا أن الجرائم التعزيرية التى يمكن العقاب عليها بالقتل تصل إلى خمس جرائم أيضاً كانت كل الجرائم المعاقب عليها بالقتل فى الشريعة لا تزيد على عشر جرائم عند من يجيزون القتل تعزيراً ، وكان عددها لا يزيد على خمس جرائم عند من لا يبيحون القتل تعزيراً ، وتلك ميزة انفردت بها الشريعة الإسلامية من يوم نزولها ، فهى لا تسرف فى عقوبة القتل ولا تفرضها دون مقتض ، ونستطيع أن نحيط بمدى تفوق الشريعة فى هذه الوجهة إذا علمنا أن القوانين الوضعية كانت إلى أواخر القرن الثامن عشر تسرف فى عقوبة القتل إلى حد بعيد بحيث كان القانون الإنجليزى مثلا يعاقب على مائتى جريمة بالإعدام ، والقانون الفرنسى يعاقب على مائة وخمس عشرة جريمة بالإعدام .

ولقد حاولت بعض البلاد الأوربية فى العهد الأخير أن تلغى عقوبة القتل ولـكن حركة الإلغاء وقفت تحت تأثير النظرية الإيطالية التى ترى فى عقوبة القتل وسيلة حسنة لاستئصال من لا يرجى صلاحهم من المجرمين ، بل إن بعض البلاد التى ألغت عقوبة القتل فعلا كإيطاليا والروسيا والنمسا عادت فقررت القتل عقوبة فى قوانينها .

وعقوبة القتل مقررة فى كل الدول الـكبرى كانجلترا وألمانيا وفرنسا وأمريكا وأهم ما يبرر به شراح القوانين عقوبة القتل هو أنها وسيلة صالحة لمقاومة الإجرام ولاستئصال المجرمين الخطرين على الجماعة ، وهذه هى نفس المبررات التى قال بها فقهاء الشريعة .

٤٨١ – عقوبة الجلد : تعتبر عقوبة الجلد من العقوبات الأساسية فى الشريعة ، فهى عقوبة من العقوبات المقررة للحدود ، وهى من العقوبات المقررة

فى جرائم التعازير ، بل هى العقوبة المفضلة فى جرائم التعازير الخطيرة . ولعل وجه تفضيلها على غيرها أنها أكثر العقوبات ردعاً للمجرمين الخطرين الذين طبعوا على الإجرام أو اعتادوه ، وأنها ذات حدين فيمكن أن يجازى بها كل مجرم بالقدر الذى يلائم جريمته و يلائم شخصيته فى آن واحد .

وتمتاز عقوبة الجلد فوق ما تقدم بأن تنفيذها لا يثقل كاهل الدولة ، ولا يعطل المحكوم عليه عن الإنتاج ، ولا يعرض أهله ومن يعولهم للضياع أو الحرمان كما هو الحال فى الحبس مثلا ، فالعقوبة تنفذ فى الحال ، والمجرم يذهب بعد التنفيذ مباشرة إلى حال سبيله ، فلا يتعطل عمله ولا يشقى بعقابه أهله .

وأهم ميزة لعقوبة الجلد أنها تحمى المحكوم عليه من شر المحابس وما تجره على المحبوسين من إفساد الأخلاق والصحة ، واعتياد التعطل والنفور من العمل .

الحد الأعلى للجلد : اختلف فى الحد الأعلى للجلد ، فمشهور مذهب مالك أن تعيين الحد الأعلى متروك لولى الأمر ؛ لأن التعزير يكون بحسب المصلحة وعلى قدر الجريمة فيجتهد فيه ولى الأمر ، وعلى هذا يجوز عند مالك أن يضرب المجرم أكثر من مائة جلدة ولو أن أشد الضرب فى جرائم الحدود لا يزيد على مائة جلدة (١) .

ويرى أبو حنيفه ومحمد أن الحد الأعلى للجلد فى التعزير تسعة وثلاثون سوطاً ، بينما يرى أبو يوسف أنه خمسة وسبعون سوطاً . وأساس هذا التحديد ما صح عندهم من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : «من بلغ حداً فى غير حد فهو من المعتدين » ويرجع الخلاف بين أبى حنيفة ومحمد وبين أبى يوسف إلى أن أبا حنيفة ومحمد رأيا أن لفظ الحدود ورد فى الحديث منكراً ، فقالا : إن المقصود به حد ما ، والأربعون حد كامل للرقيق ، فإذا نقصت سوطاً أصبح الحد

---

(١) تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٦٢ ، ٢٦٣ — مواهب الجليل ج ٦ ص ٣١٩ .

الأعلى للتعزير تسعة وثلاثين ، أما أبو يوسف فصرف لفظ الحد إلى حد الأحرار وأقله ثمانون ، وكان القياس أن يجعل الحد الأعلى تسعة وستين سوطا ولكنه اقتفى أثر على بن أبى طالب حيث جعل الحد الأعلى للتعزير خمسة وسبعين سوطا ينقص خمسة أسواط عن أدنى حدود الأحرار[1] .

وفى مذهب الشافعى ثلاثة آراء : الأول يتفق مع رأى أبى حنيفة ومحمد ، والثانى يتفق مع رأى أبى يوسف ، والثالث يرى أصحابه أن يزيد الحد عن خمسة وسبعين[2] ولا يصل إلى مائة[3] بشرط أن تقاس كل جريمة بما يليق بها مما فيه حد فينقص تعزير مقدمة الزنا عن حده و إن زاد على حد القذف ، و ينقص تعزير السب عن حد القذف ، أى : أنه لا يبلغ بالتعزير فى معصية قدر الحد فيها ، فلا يبلغ التعزير على النظر والمباشرة حد الزنا ، ولا بالتعزير على الشتم دون قذف حد القذف .

وفى مذهب أحمد آراء متعددة،منها ثلاثة آراء تتفق مع الآراء التى ذكرناها فى مذهب الشافعى،وهناك رأيان مختلفان : أولهما:أن الجلد لا يصح أن يبلغ فى كل جناية حدا مشروعا فى جنسها ، ولكنه يصح أن يزيد على الحد فى جناية من غير جنس الجناية المشروع فيها الحد ، فمثلا حد الزانى غير المحصن الجلد مائة جلدة وحد الزانى المحصن الرجم ، فلا يصح أن يعاقب على الخلوة أو المباشرة أو التقبيل أو غير ذلك من مقدمات الزنا بالجلد مائة جلدة إذا كان الفاعل غير محصن حتى لا يبلغ العقاب حدا فى غير حد ، ولكن يجوز إذا كان الفاعل محصنا أن يجلد مائة جلدة فأكثر ؛ لأن حد الزانى المحصن هو الرجم والجلد أيا كان عدد

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٤ ــ البحر الرائق ج ٥ ص ٥١ .

(٢) نهاية المحتاج ج٨ ص٢٠١ ــ الأحكام السلطانية ص٢٠٦ ــ أسنى المطالب ج٤ ص١٦٢ .

(٣) يرى فريق من الشافعية أن يزيد الجلد على مائة بشرط أن تكون الجريمة مما لم يرد فى نوعها حد مقدر . راجع مجموعة الرسائل لابن تيمية . الحسبة ، ص ٥٢ والطرق الحكمية ص ١٠٦ . ولم أجد لهذا الرأى أثراً فيما لدى من كتب الشافعية .

الجلدات لا يبلغ حد الرجم ، وثانيهما : أنه لا يصح أن يزاد فى التعزير على عشرة أسواط بأى حال ، وحجة القائلين بهذا الرأى الأخير مارواه أبو بردة قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا فى حد من حدود الله تعالى »[١] وينسب بعض الفقهاء هـذا الرأى للشافعية ، ولـكنى لم أجد له أثرا فيا لدى من كتب الشافعية ، وحجة من نسبوه للشافعية أن الشافعى قال : إذا صح الحديث فهو مذهبى والحديث الذى بنى عليه هذا الرأى صحيح[٢] .

ويرجع اختلاف المذاهب واختلاف فقهاء المذهب الواحـد إلى حديثى الرسول اللذين ذكرناهما وهما قوله : « من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين » وقوله : « لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا فى حد من حدود الله » فأما الحديث الأول فلا يرده من المذاهب الأربعة إلا مذهب مالك بحجة أنه منسوخ ، وعندهم أنه لا حد لأكثر التعزير ، وأن للامام أن يزيد فى التعزير على الحد إذا رأى المصلحة فى ذلك مجانبا لهوى النفس ، وأما الحديث الثانى فهو مردود إلا عند بعض الفقهاء فى مذهب أحمد ، ومن رده يرده ؛ لأنه منسوخ ، أو لأنه مقصور على زمن الرسول[٣] .

ومن أخذوا بالحديث الأول اختلفوا فى تفسيره ، ففسره البعض بأنه يمنع من أن تصل العقوبة فى التعزير إلى العقوبة فى أدنى الحدود ، ونظر فريق منهم إلى العبيد فقال : إن الحد ينصف لهم ، فأدنى الحدود حدودهم ، وأدنى حد لهم هو أربعون جلدة ، وقال الفريق الثانى : بل ننظر إلى حدود الأحرار وأدنى حد

---

(١) فتاوى ابن تيمية المجلد الرابع . الاختيارات ، ١٧٨ ـ المغنى ج ١٥ ص ٣٤٧ ، الطرق الحكمية ص ١٠٦ ـ الإقناع ج ٤ ص ٢٧٠ وما بعدها .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٥ ـ الطرق الحكمية ص ١٠٦ .

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٥ ـ تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٦٣ .

لهم هو ثمانون جلدة ، وفسر البعض الحديث بأنه يمنع من أن تصل العقوبة التعزيرية إلى عقوبة الحد على وجه العموم ، أو أن تصل العقوبة التعزيرية على مافى جنسه الحد إلى عقوبة الحد ، ويرى هؤلاء أن تقاس الجرائم بعضها على بعض ، فما ماثل الشرب والقذف فى موضوعه أو فى خطورته لم يصل فيه الجلد إلى ثمانين ، وما ماثل الزنا فى موضوعه أو فى خطورته لم يصل فيه التعزير إلى مائة جلدة .وفسر البعض الآخر الحديث بأنه يمنع من أن تصل العقوبة التعزيرية على جريمة فى جنسها الحد إلى عقوبة الحد فإن لم يكن فى جنسها حد جاز أن تصل إلى عقوبة الحد وإلى أكثر منها ، فمثلا لا يجوز عقاب من وجد فى فراش امرأة بالجلد مائة جلدة إذا لم يكن محصنا مادام لم يطأها ؛ لأن حد الزانى غير المحصن هو الجلد مائة جلدة ، ولكن يجوز جلده مائة جلدة إذا كان محصنا ويجوز جلده أكثر من مائة ؛ لأن حد الزانى المحصن الرجم ، ويجوز جلد السارق أكثر من مائة جلدة ؛ لأن حد السرقة هو القطع وهكذا ، وإذا لم يكن فى جنس الجريمة حد مقرر جاز الوصول بالتعزير إلى الحد الذى يراه ولى الأمر[1] .فكأن الغرض من الحديث أن لا يعاقب على جريمة شرع فى جنسها الحد بعقوبة الحد مادامت شروط عقوبة الحد لم تتوفر حتى لا يسوى فى العقاب بين الجريمة التامة والجريمة غير التامة ، وبين الفعل الذى توفرت فيه شروط جريمة الحد والفعل الذى لم تتوفر فيه هذه الشروط . ولعل هذا الرأى الأخير هو أحسن الآراء من الوجهة العملية وأفضلها من الوجهة المنطقية .

ويرى بعض الفقهاء أن يكون أقل الجلد ثلاث جلدات؛ لأن هذا القدر أقل ما يزجر ، ولكن البعض لا يرى جعل حد أدنى للجلد ؛ لأن أثر الزجر يختلف باختلاف الناس[2] .

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٤ — نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٠ — المغنى ج ١٠ ص ٣٤٧ — الشرح الكبير ج ١٠ ص ٣٥٤ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٥ — المغنى ج ١٠ ص ٣٤٨ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٤ .

وليس فى الشريعة ما يمنع من أن يكون الجلد عقوبة لأية جريمة من جرائم التعزير ، وإن كان بعض الفقهاء يفضل أن يكون الجلد دون غيره عقوبة على الجرائم التى شرعت فى جنسها الحدود ، فيعاقب بالجلد على السرقات التى لاحد فيها ، وعلى الزنا الذى لا حد فيه ، وعلى القذف الذى لا حد فيه وهكذا[١] ، ويرى هؤلاء الفقهاء أن يعاقب بالجلد أو بغيره من عقوبات التعازير على الجرائم التى ليس فى جنسها ما يوجب الحد ، والقائلون بهذا ينظرون إلى أن عقوبة الجلد أشد تأديباً وأكثر ردعاً عن ارتكاب الجرائم الخطيرة ، والمفروض أن الجرائم التى شرعت فى جنسها الحدود هى أخطر الجرائم[٢] .

٤٨٢ ـ **الحبس** : الحبس فى الشريعة على نوعين ، حبس محدد المدة ، وحبس غير محدد المدة .

٤٨٣ ـ **الحبس المحدد المدة** : تعاقب الشريعة بالحبس المحدد المدة على جرائم التعزير العادية وتعاقب به المجرمين العاديين . ولقد ذكرنا أن الفقهاء يفضلون عقوبة الجلد على غيرها من العقوبات إذا كانت الجرائم خطيرة أو كان المجرمون خطرين أو ممن لا يردعهم إلا الجلد .

وأقل مدة هذا النوع من الحبس يوم واحد ، أما حده الأعلى فغير متفق عليه ، فيرى البعض أن لا يزيد عن ستة أشهر ، ويرى البعض أن لا يصل إلى سنة كاملة ، والبعض الآخر يترك تقدير حده الأعلى لولى الأمر[٣] .

والذين يحددون مدة الحبس هم الشافعيون ، ويشترطون أن لا يصل إلى سنة ؛ لأنهم يقيسونه على التغريب فى حد الزنا ، والتغريب لا يزيد على عام فوجب

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٤ .

(٢) راجع الفقرة ٩٨ .

(٣) تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٨٤ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٦ ـ الأحكام السلطانية ص ٢٠٦ ـ المغنى ج ١٠ ص ٣٤٨ .

أن يقل الحبس عن عام حتى لا يعاقب بحد فى غير حد وظاهر المذاهب الأخرى أنها لا تقيس الحبس على التغريب .

ويجوز أن يجمع بين الحبس والضرب إذا رؤى أن إحدى العقوبتين لا تكفى وحدها ، ولكن الشافعيين يشترطون فى هذه الحالة أن لا يوقع من إحدى العقوبتين إلا ما يعتبر مكملا لما نقص من العقوبة الثانية ، فإذا ضرب الجانى نصف الجلدات المقررة للتعزير حبس نصف المدة المقررة للحبس ، وإذا ضرب ربع الجلدات حبس ثلاثة أرباع مدة الحبس وهكذا . ولا يشترط الفقهاء الآخرون هذا الشرط فيجوز عندهم أن يضرب الجانى كل الجلدات المقررة للتعزير ثم يحبس بعد ذلك المدة التى تكفى لتأديبه وزجر غيره [1] .

ويشترط فى الحبس كما يشترط فى غيره من عقوبات أن يؤدى غالبا إلى إصلاح الجانى وتأديبه ، فإن غلب على الظن أنه لن يؤدب الجانى أو لن يصلحه امتنع الحكم به ووجب الحكم بعقوبة أخرى .

وموقف الشريعة من عقوبة الحبس يختلف اختلافا بينا عن موقف القوانين الوضعية ، ذلك أن عقوبة الحبس فى القوانين الوضعية هى العقوبة الأولى أو هى العقوبة الأساسية التى يعاقب بها فى كل الجرائم تقريبا سواء كانت الجرائم خطيرة أو بسيطة . أما فى الشريعة الإسلامية فعقوبة الحبس ليست إلا عقوبة ثانوية لا يعاقب بها إلا على الجرائم البسيطة ، وهى عقوبة اختيارية للقاضى أن يعاقب بها أو يتركها ، وليس له أن يعاقب بها إلا إذا غلب ظنه أنها مفيدة .

ويترتب على هذا الفرق بين الشريعة والقوانين أن يقل إلى حد كبير عدد المحبوسين فى البلاد التى تطبق الشريعة الإسلامية ، وأن يزيد عددهم إلى غير حد فى البلاد التى تطبق القوانين الوضعية .

---

(١) تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٨٤ — شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٦ — الأحكام السلطانية ص ٢٥٦ — المغنى ج ١٠ ص ٣٤٨ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٩٢ .

والواقع أن مشكلة السجن والمسجونين هى أول المشاكل التى تبرز أمام شراح القوانين الوضعية ، فقد ترتب على جعل الحبس عقوبة أساسية فى كل الجرائم تقريبا أن ازداد عدد المحكوم عليهم بالحبس وامتلأت بهم المحابس حتى ضاقت بهم على سعتها ، وأدى ذلك إلى أن السجون أصبحت مباءة للتآمر ومدرسة للإجرام بالرغم من أنها أنشئت للوقاية من الإجرام ؛ لأن اجتماع المسجونين يسمح لهم بالتعارف والتآمر على ارتكاب الجرائم وتبادل المعلومات والاختبارات كذلك ثبت من التجارب أن عقوبة السجن لا تردع من هم فى حاجة إلى الردع ، بينما تفسد الصالحين من المسجونين وتنزل بهم إلى مستوى الفاسدين .

وقد حاول بعض المصلحين تخفيف عيوب عقوبة الحبس فوضعوا أنظمة مختلفة لهذا الغرض ولكنها جميعا لها عيوبها ومفاسدها ، كما أنها تعجز عن القضاء على عيوب الحبس الأساسية ، من ذلك نظام الفصل بين المسجونين ليلا وجمعهم نهارا مع إلزامهم بالصمت المطلق ، ولكن هذا النظام يكلف نفقات باهظة و يقضى بتوقيع عقوبات صارمة ومستمرة على المسجونين لمنعهم من الاتصال والكلام . ومن ذلك نظام الانفراد نهارا وليلا وهو نظام كثير النفقة قليل الإنتاج يؤدى بالمسجونين إلى البله والجنون ويؤدى ببعضهم إلى الانتحار . ومن ذلك النظام التدريجى أو النظام الأرلندى وهو يبدأ بالحبس الانفرادى ثم يحبس المسجون بعد مدة منفردا ليلا وفى النهار يجتمع مع باقى المسجونين على أن لا يتكلم معهم ، وهذا النظام يجمع بين عيوب النظامين السابقين .

أما عقوبة الحبس فى الشريعة فإنها لا تؤدى إلى مثل النتائج السابقة ؛ لأنها لا توقع إلا فى بعض الجرائم البسيطة وعلى المجرمين المبتدئين ولمدد قصيرة إذا رأى القاضى أنها تردع الجانى ، ومن ثم يكون عدد المسجونين قليلا ، ومدة بقائهم فى السجن قصيرة ، وأخلاقهم غير فاسدة ، وليس فيهم من مرن على الإجرام أو اعتاده ، وهكذا تنتفى أسباب عيوب عقوبة الحبس القائمة فى

القوانين الوضعية بتطبيق نصوص الشريعة الإسلامية .

٤٨٤ - **الحبس غير المحدد المدة** : من المتفق عليه أن الحبس غير المحدد المدة يعاقب به المجرمون الخطرون ومعتادوا الإجرام ، ومن اعتادوا ارتكاب جرائم القتل والضرب والسرقة ، أو تكرر منهم ارتكاب الجرائم الخطيرة، ومن لاتردعهم العقوبات العادية ، و يظل المجرم محبوسا حتى تظهر توبته و ينصلح حاله فيطلق سراحه وإلا بقى محبوسا مكفوفا شره عن الجماعة حتى يموت [1] .

ومن المتفق عليه أن مدة الحبس لا تحدد مقدما ؛ لأنه حبس لامدةله، بل هو حبس حتى الموت ينتهى بموت المحكوم عليه أو توبته قبل ذلك وانصلاح حاله .

والحبس غير المحدد المدة تطبيق لنظرية العقوبة غير المحدودة التى عرفتها القوانين الوضعية فى أواخر القرن التاسع عشر ، فكأن الشريعة سبقت القوانين الوضعية لهذه النظرية بثلاثة عشر قرنا تقريبا ، وأول من قال من شراح القوانين بهذه النظرية هم الشراح الإيطاليون حيث رأوا ضرورة عدم تحديد العقوبة ، إذ للعقاب فى رأيهم وظيفتان : الاستئصال والإصلاح ، فمن كان قابلا من المجرمين للإصلاح كانت عقوبته مؤقتة ، ومن كان غير قابل للإصلاح تؤبد عقوبته .

وتعتبر العقوبة غير المحددة المدة فى عصرنا الحاضر من العناصر الجوهرية فى تدابير الأمن **mesures de suretè** ومن أحدث العقوبات التى يعالج بها الإجرام على أساس من علمى النفس والاجتماع .

وللقوانين الوضعية طرائق مختلفة فى عدم تعيين المدة ، فبعضها يجعل عدم التعيين مطلقا فيصدر القاضى الحكم بالعقوبة دون أن يعين المدة ، ولكن السلطة المشرفة على التنفيذ هى التى تحدد مدة العقوبة طبقا لما يتبين لها من حال المحكوم

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٦٠ - تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٦٤ - نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٠ - الإقناع ج ٤ ص ٢٧٢ .

عليه ، فقد تقصر المدة إن رأت انصلاح حاله ، وقد تبقيه فى سجنه حتى الموت إذا لم يكن يرجى صلاحه ، وقد أخذ القانون الفرنسى الصادر فى ٢٧-٢-١٨٨٥ بهذه الطريقة حيث نص على عقوبة النفى كعقوبة مؤبدة وخول السلطة الإداريه أن تخفضها إن رأت أن المحكوم عليه يستحق تخفيض العقوبة .

وبعض القوانين يجعل عدم التعيين نسبياً فيصدر القاضى الحكم محددا مدة العقوبة مبينا حدها الأدنى الذى لا يصح أن تقل عنه وحدها الأعلى الذى لايصح أن تزيد عنه ، ويترك بعد ذلك للسلطة التنفيذية أن تخلى سبيل المحكوم عليه إذا رأت أنه انصلح حاله بعد أن يستوفى الحد الأدنى من العقوبة ، فإن لم ينصلح حاله بقى حتى يستوفى الحد الأعلى .

وبعض التشريعات الوضعية يحدد الحد الأدنى للعقوبة ولا يحدد الأقصى كالقانون الإيطالى الصادر فى سنة ١٩٣٠ ، وبعضها يحدد الحد الأقصى دون الأدنى كالقانون المصرى بالنسبة للمجرمين المعتادين على الإجرام وبالنسبة للمجرمين الأحداث .

وقد أخذ القانون المصرى بعد التعيين المطلق بالنسبة للمتهمين المعتوهين إذ أجاز للنيابة العمومية متى كان المتهم محبوسا احتياطيا أن تودعه فى أحد محلات المجاذيب – م ٢٤٩ من قانون تحقيق الجنايات .

وبعض القوانين الأوربية كالقانون البلجيكى والقانون الإيطالى تقضى بوضع المتهمين المصابين بالنورستانيا أو المدمنين على تعاطى المسكرات فى محلات خاصة لمدة غير معينة .

ويتبين مما سبق أن القوانين الوضعية بدأت منذ أواخر القرن التاسع عشر تأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية فى العقوبة غير المعينة المدة ، وأن بعض هذه القوانين تأخذ بنظرية الشريعة على إطلاقها فلا تحدد مدة العقوبة ، وأن بعض القوانين يقيد مدة العقوبة بينما يجمع البعض الآخر بين الإطلاق والتقييد ، وسواء أخذت

القوانين بالنظرية مطلقة أو مقيدة فهى نظرية الشريعة الإسلامية ، وما التقييد والإطلاق فى الواقع إلا تنظيم لتطبيق النظرية .

وليس بعد هذا من ينكر فضل الشريعة وسبقها فى تقرير أفضل نظريات العقاب .

٤٨٥ - التغريب أو الإبعاد : تكلمنا عن التغريب بمناسبة الكلام على عقوبات الزنا ، وقلنا إن أبا حنيفة يراه تعزيرا و بقية الأئمة يرونه حدا ، وفيما عدا جريمة الزنا فالتغريب يعتبر تعزيرا باتفاق .

ويلجأ لعقوبة التغريب إذا تعدت أفعال المجرم إلى اجتذاب غيره إليها أو استضراره بها .

ويرى بعض الفقهاء فى مذهبي الشافعى وأحمد أن لا تصل مدة الإبعاد إلى سنة كاملة ؛ لأن التغريب شرع فى الزنا حدا ومدته عام فيجب أن لاتصل مدته فى التعزير عاما تحقيقا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين » .

ويرى أبو حنيفة أن مدة التغريب يصح أن تزيد على سنة ؛ لأنه لا يعتبر التغريب حدا وإنما يعتبره تعزيرا ، ويرى مالك أن من الممكن زيادة مدة التغريب عن سنة مع تسليمه بأن التغريب حد ؛ لأنه يرى الحديث منسوخا ، ويظاهر مالكا وأبا حنيفة بعض فقهاء مذهبي الشافعى وأحمد .

والقائلون بأن مدة التغريب يصح أن تزيد عن سنة لايحددون مدة التغريب بل يرون التغريب عقوبة غير محدودة ، و يتركون لولى الأمر أن يأذن للمغرب فى العودة إذا صلح حاله وظهرت توبته .

والمحكوم عليه بالتغريب لا يحبس فى مكان معين ، ولكن يصح على رأى البعض أن يوضع تحت المراقبة وأن تقيد حريته ببعض القيود ، ولكن ليس

له اتفاقا أن يعود إلى المحل الذى غرب عنه قبل انتهاء مدة التغريب عند من يحددون له مدة وقبل توبته والإذن له بالعودة عند من لا يحددون للتغريب مدة .

ولقد عاقب رسول الله بالتغريب فأمر بإخراج المخنثين من المدينة، وكذلك فعل أصحابه من بعده ، من ذلك أن عمر رضى الله عنه عاقب ضبيعا بالضرب ونفاه إلى البصرة أو الكوفة وأمر بهجره فكان لا يكلمه أحد حتى تاب وكتب عامل البلد إلى عمر يخبره بتوبته فأذن للناس فى كلامه . وكذلك نفى عمر نصر بن حجاج من المدينة .

ويدعو كثير من شراح القوانين اليوم إلى عقوبة التغريب ؛ لأنهم يؤمنون بأن الحبس لا يجدى فى إصلاح المحكوم عليهم وإعدادهم لتبوء المركز الذى كان لهم فى الجماعة قبل الجريمة ، إذ يستحيل على المحكوم عليه بالحبس مهما تاب وأناب أن يستعيد مركزه فى المكان الذى ارتكب فيه جريمته ، ومن ثم يظل منبوذا من الجمهور ويضطر اضطرارا إلى أن يسلك نفسه فى زمرة المجرمين والمفسدين ، ولكن الإبعاد يخلص الجماعة من هذه الفئة من ناحية ويسمح للمحكوم عليه من ناحية أخرى أن يستعيد مركزه فى الهيئة الجديدة التى ينضم إليها .

وقد أخذت الدول الأوروبية بنظرية التغريب وطبقتها فى قوانينها ، فانجلترا مثلا كانت تبعد المحكوم عليهم إلى أمريكا وإلى استراليا ثم اضطرت إلى العدول عن الإبعاد بعد اعتراض سكان المستعمرات ، والقانون الفرنسى الصادر فى سنة ١٨١٠ يجعل الإبعاد عقوبة تساعد على التخلص من السياسيين المناوئين للنظام القائم ، كذلك جعل القانون الفرنسى من الإبعاد طريقة لتنفيذ عقوبة الأشغال الشاقة فى المستعمرات وجعل منه عقوبة تكميلية للمجرمين العائدين . والقانون الإيطالى يبيح لوزير العدل أن يأمر بتنفيذ عقوبة الأشغال الشاقة . أو السجن فى إحدى المستعمرات .

٤٨٦ ـ **الصلب** : تكلمنا عن الصلب باعتباره حداً يعاقب به على جريمة الحرابة ، وقلنا إن بعض الفقهاء يرى صلب المحكوم عليه بعد قتله ، وإن البعض الآخر يرى صلبه حياً ثم قتله وهو مصلوب . وقد كان تقرير الصلب حداً لجريمة قطع الطريق مما دعا الفقهاء للقول بأن الصلب يمكن أن يكون عقوبة تعزيرية .

والصلب للتعزير لا يصحبه القتل طبعاً ولا يسبقه ، وإنما يصلب الإنسان حياً ولا يمنع عنه طعامه ولا شرابه ، ولا يمنع من الوضوء للصلاة ولكنه يصلى إيماء ، ويشترط الفقهاء فى الصلب أن لا تزيد مدته على ثلاثة أيام .

ومما يحتج به لمشروعية عقوبة الصلب التعزيرية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عذر رجلا بالصلب وصلبه على جبل يقال له أبو ناب .

ويذكر الشافعيون والمالكيون الصلب إذا ما ذكروا عقوبات التعازير ، ولكن الحنفية والحنابلة لا يصرحون بذكره ، على أن هذا لا يعنى أنهم لا يرون الصلب ؛ لأن القاعدة العامة أن كل وسيلة تؤدى إلى إصلاح الجانى وتأديبه وحماية الجماعة من شره تعتبر عقوبة مشروعة[1] .

وعقوبة الصلب على الوجه السابق هى عقوبة بدنية يقصد منها التأديب والتشهير معاً ، وهى أشبه ما تكون بعقوبة التلاميذ حين يؤمرون بالوقوف وأيديهم مرفوعة إلى أعلى زمناً ما ، أو حين يؤمرون بأن يجثوا على ركبهم زمناً طويلا أو قصيراً .

ويجب أن لا يفوتنا أن عقوبات التعازير عقوبات غير لازمة كعقوبات الحدود أو القصاص ، وعلى هذا فالأمر فى جعل الصلب عقوبة أو إهمالها متروك للهيئة التشريعية ، فإن رأت أنها تصلح لبعض الجرائم أو لكلها أقرتها وإن رأت أنها لا تصلح تركتها .

---

(١) الأحكام السلطانية ص ٢٠٦ ـ تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٦٦ .

٤٨٧ ـ عقوبة الوعظ وما دونها : يعتبر الوعظ عقوبة تعزيرية فى الشريعة الإسلامية ، ويجوز للقاضى أن يكتفى فى عقاب الجانى بوعظه إذا رأى أن فى الوعظ ما يكفى لإصلاحه وردعه .

وقد نص القرآن صراحة على عقوبةالوعظ فى قوله تعالى : ﴿ واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن ﴾ [النساء : ٣٤] .

وفى الشريعة من العقوبات التعزيرية ما هو دون الوعظ فالفقهاء يعتبرون مجرد إعلان الجانى بجريمته عقوبة تعزيرية ، وفى إحضاره إلى مجلس القضاء عقوبة تعزيرية .

ويجب أن لا ننسى أن مثل هذه العقوبات لا توقع إلا على من غلب على الظن أنها تصلحه وتزجره وتؤثر فيه .

٤٨٨ ـ عقوبة الهجر : ومن العقوبات التعزيرية فى الشريعة الهجر، وقد ورد به القرآن تعزيراً للمرأة فى قوله تعالى ﴿ فعظوهن واهجروهن فى المضاجع ﴾ .

وقد عاقب الرسول صلى الله عليه وسلم بالهجر ، فأمر بهجر الثلاثة الذين خلفوا عنه فى غزوة تبوك وهم : كعب بن مالك، ومرارة بن ربيعة العامرى، وهلال ابن أمية، فهجروا خمسين يوماً لا يكلمهم أحد حتى نزل قوله تعالى: ﴿وعلى الثلاثة الذين خلفوا حتى إذا ضاقت عليهم الأرض بما رحبت وضاقت عليهم أنفسهم وظنوا أن لا ملجأ من الله إلا إليه ، ثم تاب عليهم ليتوبوا إن الله هو التواب الرحيم ﴾ [التوبة : ١١٨] .

وعاقب عمر رضى الله عنه ضبيعاً بالهجر مع الجلد والتغريب ، فكان لا يكلمه أحد حتى تاب، وكتب عامل البلد الذى غرب إليه إلى عمر يخبره بتوبته فأذن للناس فى كلامه .

٤٨٩ ـ عقوبة التوبيخ : ومن العقوبات التعزيرية فى الشريعة عقوبة

التوبيخ ، فإذا رأى القاضى أن التوبيخ يكفى لإصلاح الجانى وتأديبه اكتفى بتوبيخه .

ولقد عزر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتوبيخ ، ومن ذلك ما رواه أبو ذر - رضى الله عنه - قال: ساببت رجلا فعيرته بأمه . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « يا أباذر أعيرته بأمه إنك امرؤ فيك جاهلية » .

وخاصم عبد الرحمن بن عوف عبد من عامة الناس إلى رسول الله ، فغضب عبد الرحمن وسب العبد قائلا : يا ابن السوداء . فغضب النبي أشد الغضب ورفع يده قائلا : « ليس لابن بيضاء على ابن سوداء سلطان إلا بالحق » فاستخذى عبد الرحمن وخجل ، ووضع خده على التراب ثم قال للعبد : طأعليه حتى ترضى.

٤٩٠ - **عقوبة التهديد** : والتهديد عقوبة تعزيرية فى الشريعة بشرط أن لا يكون تهديداً كاذباً ، وبشرط أن يرى القاضى أنه منتج وأنه يكفى لإصلاح الجانى وتأديبه ، ومن التهديد أن ينذره القاضى بأنه إذا عاد فسيعاقبه بالجلد أو بالحبس أو سيعاقبه بأقصى العقوبة ، ومن التهديد أن يحكم القاضى بالعقوبة ويوقف تنفيذها إلى مدة معينة .

وقد عرفت القوانين الوضعية عقوبتى التوبيخ والتهديد ، وأخذت بالتوبيخ القضائى كعقوبة للجرائم البسيطة وللمجرمين المبتدئين ، وأخذت بالتهديد القضائى عقوبة لمن يرى القاضى أن التهديد كاف لزجرهم وإصلاحهم .

وقد طبقت القوانين الوضعية عقوبة التهديد بطرق مختلفة ، فبعضها يرى أن يحكم القاضى بالعقوبة مع إيقاف تنفيذها لمدة معينة فإن عاد المجرم أمكن تنفيذ العقوبة الموقوفة ، وبعضها يرى أن لا يصدر القاضى حكما بل يوقف إصدار الحكم إلى أمد معين ، وبعضها يرى الاكتفاء بإنذار الجانى أن لا يعود لجريمته .

وهذه الوسائل المختلفة التى تأخذ بها القوانين الوضعية ليست إلا تطبيقات للتهديد بالعقوبة ، ويكفى أن نعرف أن القوانين الوضعية لم تأخذ بنظام التوبيخ والتهديد بالعقاب إلا فى أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين ، بينما عرفت الشريعة هذين النظامين وغيرهما من ثلاثة عشر قرناً وأكثر .

٤٩١ – التشهير : ومن عقوبات الشريعة التعزيرية التشهير ، ويقصد بالتشهير : الإعلان عن جريمة المحكوم عليه ، ويكون التشهير فى الجرائم التى يعتمد فيها المجرم على ثقة الناس كشهادة الزور والغش .

وكان التشهير يحدث قديماً بالمناداة على المجرم بذنبه فى الأسواق والمحلات العامة حيث لم تكن هناك وسيلة أخرى ، أما فى عصرنا الحاضر فالتشهير ممكن بإعلان الحكم فى الصحف أو لصقه فى المحلات العامة .

والقوانين الوضعية تأخذ بعقوبة التشهير وقد أخذ بها القانون المصرى فى بعض الجرائم كالغش والبيع بأكثر من السعر الجبرى .

٤٩٢ – عقوبات أخرى : وليست العقوبات السابقة هى كل عقوبات التعزير فى الشريعة الإسلامية ؛ لأن التعازير ليست معينة وإنما ترك أمرها لأولى الأمر أى الهيئة التشريعية ، يختارون منها ما يرونه صالحاً لمحاربة الإجرام وإصلاح المجرمين وتأديبهم ، ويتركون ما يرونه غير صالح ، ولا يتقيدون فى ذلك بقيود ما إلا بمراعاة الأسس العامة التى تقوم عليها نظرية العقاب .

والعقوبات التى ذكرناها هى أهم العقوبات العامة التى يمكن أن تطبق فى كل جريمة ، وهناك عقوبات أخرى ليست عامة ولا تنطبق على كل الجرائم وأهمها :

١ – العزل من الوظيفة : وتطبق على الذين يتولون الوظائف العامة سواء كان أداء الوظيفة بمقابل أو مجانا .

٢ ـ الحرمان : ومعناه حرمان المجرم من بعض الحقوق المقررة له شرعاً ، كالحرمان من تولى الوظائف ، ومن أداء الشهادة وكالحرمان من سلب القتيل ، والحرمان من سهم الغنيمة ، وكإسقاط النفقة للنشوز .

٣ ـ المصادرة : ويدخل تحتها مصادرة أدوات الجريمة ومصادرة ماحرمت حيازته .

٤ ـ الإزالة : ويدخل تحتها إزالة أثر الجريمة أو العمل المحرم ، كهدم البناء المقام فى الشارع العام وإعدام أوانى الخمر واللبن المغشوش .

وهذه العقوبات جميعا تعرفها القوانين الوضعية اليوم وتأخذ بها .

٤٩٣ ـ عقوبة الغرامة : من المسلم به أن الشريعة عاقبت على بعض الجرائم التعزيرية بعقوبة الغرامة ، من ذلك أنها تعاقب على سرقة الثمر المعلق بغرامة تساوى ثمن ما سرق مرتين فوق العقوبة التى تلائم السرقة وذلك قول الرسول : «ومن خرج بشىء فعليه غرامة مثليه والعقوبة» ومن ذلك عقوبة كاتم الضالة فإن عليه غرامتها ومثلها معها ، ومن ذلك تعزير مانع الزكاة بأخذ شطر ماله[١] .

ولكن الفقهاء بالرغم من هذا اختلفوا فيما إذا كان من الجائز جعل الغرامة عقوبة عامة يمكن الحكم بها فى كل جريمة،فرأى البعض أن الغرامة المالية يصح أن تكون عقوبة تعزيرية عامة ، ورأى البعض أنه لا يصح أن تكون الغرامة عقوبة عامة[٢] .

والذين يعترضون على الغرامة المالية يحتجون بأنها كانت مقررة فى عهد

(١) غاثة اللهفان ج ١ ص ٣٣١ ـ أعلام الموقعين ج ٢ ص ٢٢٠ .

(٢) المراجع السابقة والمغنى ج١٠ ص ٣٤٨ ـ الإقناع ج ٤ ص ٢٧٠ ـ تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٦١ ـ شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٢٥ ـ نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٠ ـ أسنى المطالب ج٤ ص١٦٢ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٢ ـ حاشية ابن عابدين ج ٣ ص٢٤٦ ـ مجموعة الرسائل . الحسبة . ص ٥٩ .

الرسول ونسخت ، وأنها غير صالحة كوسيلة من وسائل محاربة الإجرام ، وأنه يخشى أن يكون فى إباحة الغرامة المالية ما يغرى الحكام الظلمة بمصادرة أموال الناس بالباطل .

وتشدد بعض من أجازوا الغرامة عقوبة عامة،فاشترطوا أن تكون الغرامة عقوبة تهديدية بحيث يحصل المال ويحبس عن المحكوم عليه حتى ينصلح حاله فإن صلح حاله رد إليه ماله ، وإن لم ينصلح حاله أنفق المال على جهة من جهات البر.

ويمكن أن يؤيد الرأى المعارض فى الغرامة المالية بأن جعل الغرامة عقوبة أساسية يؤدى إلى تمييز الأغنياء على الفقهاء ؛ لأن الغنى يستطيع أن يدفع دائماً أما الفقير فلا يستطيع ذلك ، ومن ثم فلا يمكن أن يعاقب بالغرامة وهى أخف بكثير من بعض العقوبات الأخرى .

وفى عصرنا الحاضر حيث نظمت شئون الدولة وروقبت أموالها ، وحيث تقرر الهيئة التشريعية الحد الأدنى والحد الأعلى للغرامة ، وحيث ترك توقيع العقوبات للمحاكم ، لم يعد هناك محل للخوف من مصادرة أموال الناس بالباطل وبذلك يسقط أحد الاعتراضات التى اعترض بها على الغرامة . كذلك وجدت جرائم بسيطة يعاقب عليها بعقوبات مالية تافهة كالمخالفات بحيث يستطيع أكثر الناس دفع الغرامة ، وبهذا يضعف أحد الاعتراضات الأخرى على الأقل فى هذه الجرائم البسيطة .

وعلى كل حال فإن الفقهاء الذين يرون جعل الغرامة عقوبة عامة يقررون أنها لا تصلح إلا فى الجرائم البسيطة ، ولم يحاولوا أن يضعوا للغرامة حداً أدنى أو حداً أعلى تاركين ذلك لولى الأمر .

والقوانين الوضعية تجعل الغرامة عقوبة أساسية فى معظم الجرائم ، وتتوسل إلى تنفيذ العقوبة بوسيلتين : الأولى : هى التنفيذ الجبرى على أموال المحكوم عليه ، فإن لم يكن له مال فالثانية وهى : الإكراه البدنى ، وهو يكون بتشغيل

المحكوم عليه فى عمل حكومى إذا وجد هذا العمل أو بحبس المحكوم عليه مدة معينة ، ومعنى هذا أن عقوبة الغرامة تنتهى بالحبس إذا كان المحكوم عليه فقيراً مع أن القوانين الوضعية تعتبر عقوبة الحبس أشد من عقوبة الغرامة .

وشراح القوانين الوضعية يعترفون بما لعقوبة الغرامة من عيوب كثيرة يحاولون إصلاحها ، ويرون فى عقوبة الغرامة بالرغم من عيوبها وسيلة من الوسائل الحسنة للتخفيف أو الحد من مساوىء عقوبة الحبس ، فهم يقبلون عقوبة الغرامة لا لمزاياها ولكن ؛ لأن مساوئها أقل من مساوىء عقوبة الحبس ، وإذن فهم لا يحرصون على الأصلح وإنما يحرصون على اختيار أخف الضررين .

ولا تبيح الشريعة الإسلامية حبس المحكوم عليه بمبلغ من المال إلا إذا كان المطالب بالمال قادراً عليه وممتنعاً عن دفعه كما هو الحال فى دين النفقة . أما إذا كان المطالب بالمال عاجزاً عنه فلا يجوز حبسه مقابل المبلغ المحكوم به ؛ لأن الحبس فى الدين لم يشرع إلا لحمل المدين على الدفع فإذا كان عاجزاً عن الدفع امتنع الحبس لانعدام سببه . لكن ليس فى الشريعة ما يمنع من تشغيل المحكوم عليه فى عمل حكومى لاستيفاء الغرامة المحكوم بها من أجره ، ونظرية الشريعة فى هذا سليمة من الوجهتين التشريعية والمنطقية ؛ لأن التنفيذ على المحكوم عليه بالشغل هو تنفيذ على ماله ما دام لا مورد له إلا عمله ، ولا يكاد التنفيذ جبراً بالشغل يختلف شيئاً عن التنفيذ جبراً على المال ، أما حبس المحكوم عليه مقابل الغرامة فى حالة العجز عن الدفع فمعناه أن المحكوم عليه يحبس لفقره لا للحكم عليه بالحبس ، ومن ثم تكون عقوبة الحبس الحالة محل الغرامة عقوبة خاصة بالفقراء ، ومن شروط العقوبة الأساسية أن تكون عامة وإلا كانت غير مشروعة .

وليس فى الشريعة ما يدعو للحرص على عقوبة الغرامة وتعميمها فى كل الجرائم التعزيرية أو معظمها ؛ لأن الشريعة تجعل من عقوبة الحبس عقوبة ثانوية ولأن العقوبة الأساسية فى معظم الجرائم هى الجلد ، فانعدمت بذلك مساوىء

عقوبة الحبس تلك المساوىء التى وجدت عقوبة الغرامة للتخفيف من حدتها فى القوانين الوضعية .

والأصل فى الشريعة أن لجرائم التعزير مجموعة من العقوبات تختلف فى بساطتها وشدتها ، وللقاضى أن يعاقب الجانى بالعقوبة أو العقوبات التى يراها ملائمة للجريمة وللجانى ، فإذا حرص بعض الفقهاء على أن يجعلوا من الغرامة عقوبة عامة فإنهم يقصدون من ذلك أن يدخلوا الغرامة فى مجموعة عقوبات التعزير فيكون للقاضى أن يعاقب بها كلما رآها ملائمة للجريمة وللمجرم . فإذا لم تكن ملائمة فهو غير ملزم بالحكم بها فى أى حال .

الفصل الخامس

مدى صلاحية العقوبات الشرعية

٤٩٤ - **العقوبات الشرعية والإحصائيات** : بينا فيما سبق أنواع العقوبات فى الشريعة الإسلامية والمميزات التى تميز كل نوع عن النوع الآخر . وقلنا إن الشريعة حرصت فى عقوبات جرائم الحدود وجرائم القصاص على تقرير عقوبة أو عقوبات خاصة لكل جريمة،وإنها نظرت فى تقرير هذه العقوبات إلى الجريمة دون المجرم ، وإنها حدت من سلطة القاضى تلقاء هذه العقوبات بحيث جعلته مسيراً لا مخيراً ، فلا يستطيع أن ينقص من العقوبة أو يزيد عليها ، ولا يستطيع أن يخفف العقوبة أو يغلظها ؛ لأن العقوبات المقررة عقوبات مقدرة . وكما حدت الشريعة من سلطان القاضى حدت من سلطان المشرع ، فليس له أن يستبدل بعقوبة أخرى وليس له أن يعفو عن العقوبة أو يوقف تنفيذها وإن كان له أن يغلظ العقوبة المقدرة بعقوبة تعزيرية أخرى ، فليس له مثلا أن يجعل عقوبة القذف خمسين جلدة ولكنه يستطيع أن يضيف إلى عقوبة الجلد المقررة للقذف عقوبة الغرامة أو الحبس ، وأن يزيد عقوبة الجلد عن ثمانين جلدة

فتكون الزيادة عقوبة تعزيرية ، وليس للشارع أن يستبدل بالقصاص عقوبة أخرى ، أو ينقص الدية ، ولكن له أن يضيف إلى القصاص أو الدية عقوبة الجلد أو الحبس أو غير ذلك من العقوبات التعزيرية[1] .

والجرائم التى اهتمت فيها الشريعة بالجريمة وأهملت الجانى هى جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وهى : (١) الزنا (٢) القذف (٣) الشرب (٤) السرقة (٥) الحرابة (٦) البغى (٧) الردة (٨) القتل العمد (٩) القتل شبه العمد (١٠) القتل الخطأ (١١) الجرح العمد (١٢) الجرح الخطأ . فمجموع الجرائم التى اهتمت فيها الشريعة بالجريمة وأهملت شأن الجانى هو اثنتا عشرة جريمة ، وما عدا ذلك من الجرائم فينظر فيها إلى الجريمة وإلى المجرم معاً .

وقد لا يستطيع الإنسان لأول وهلة أن يفهم حكمة الشريعة الإسلامية من تشددها فى هذه الجرائم الاثنتى عشرة وتساهلها فى بقية الجرائم وهى تعد بالمئات ، وقد يكون عجزه عن الفهم راجعاً إلى أنه ينظر إلى عدد هذه الجرائم الاثنتى عشرة ويقارنه بعدد الجرائم الباقية وهى مئات ، والواقع أن النسبة بين عدد جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية و بين عدد الجرائم الأخرى هى نسبة ضئيلة جداً ونستطيع أن نصل إلى هذه النسبة على وجه التقريب لو عددنا نصوص قانون العقوبات التى تكلمت عن جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وقارناها بعدد النصوص التى تكلمت عن الجرائم الأخرى .

وظاهر من تتبع نصوص قانون العقوبات المصرى أن المواد التى تتكلم عن جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية لا تصل إلى خمسين مادة ، بينما النصوص التى تتكلم على الجنايات والجنح تبلغ ثلاث مائة مادة ، وهناك قوانين خاصة تعاقب على جنح كثيرة ، فلو فرضنا أن نصوصها لا تزيد على ثلاث مائة مادة أيضاً وهى فى الواقع أكثر من ذلك بكثير كان عدد الجنايات والجنح داخلا

(١) راجع الفقرة ٩٨ .

تحت ستمائة مادة ، وكانت النسبة بين عدد جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وبين بقية الجرائم الأخرى ٨٪ وهى نسبة لا شك فى ضآلتها من الوجهة النظرية .

ولكن المرء يستطيع فى يسر وسهولة أن يصل إلى حكمة الشريعة فى تشددها فى جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية إذا علم أن الجرائم لا تقع بنسبة واحدة، وأن أكثر الجرائم وقوعاً وتكراراً هى جرائم الحدود ، وجرائم القصاص والدية، وأن معظم الجرائم الباقية نادر الوقوع وأقلها هو الذى يتكرر ويكثر وقوعه، ولكنه على كل حال لا يصل إلى الدرجة التى تتكرر بها جرائم الحدود والقصاص.

ونستطيع أن ندرك حكمة الشريعة على حقيقتها إذا رجعنا إلى الإحصائيات الجنائية ، فإن هذه الإحصائيات تدل دلالة قاطعة على أن جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية هى أكثر الجرائم وقوعاً فى الحياة اليومية ، وأن هذه الجرائم الإثنى عشرة لو انقطع وقوعها لما عرف الناس الجريمة ولما شعروا بوقوع الجرائم ، ونستطيع أن نتخذ الإحصائيات الجنائية المصرية دليلا على ذلك فقد بلغ عدد الجنايات ٨١٧٥ جناية فى سنة ١٩٤٢ - ١٩٤٣ - منها ١٧٥٢ جناية قتل عمد، ١١١٩ جناية شروع فى قتل، ٩٨٩ جناية سرقة بإكراه وشروع فيها، ٢٤٣ جناية هتك عرض وفسق ، ٣٢٦ جناية ضرب أفضى للموت ، ١١٩٦ جناية ضرب نشأ عنه عاهة مستديمة ، ٦٣٤ جناية عود وكلها تقريباً سرقات ، وهذه جميعاً من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ومجموعها ٦٢٧٠ جناية ومعنى هذا أن جرائم الحدود والقصاص فى الجنايات تقع بنسبة ٦ و٧٦ ٪ من مجموع الجنايات .

وبلغ عدد الجنح ٢٩٧٥٥٧ جنحة فى سنة ١٩٤٢-١٩٤٣ منها ٩٧٣٢٠ جنحة سرقة ، ١٤٨٢٨ جنحة جرح خطأ ، ١١٨٢ جنحة قتل خطأ ، ٦٠٢٢٣ جنحة ضرب ، ٤٠٥ جنحة هتك عرض، ١٩٢٩ جنحة قذف وسب ، ٤٦٩٥ جنحة تعد

ومقاومة وهذه كلها من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ومجموعها ١٨١٧٦٢ جنحة ومعنى هـذا أن جرائم الحدود والقصاص فى الجنح تقع بنسبة ٦١ ٪ من مجموع الجنح تقريبا .

ولو رجعنا إلى ما قبل ذلك بعشر سنوات لوجدنا أن عدد الجنايات بلغ ٦٩٥٧ جناية فى سنة ١٩٣٢ — ١٩٣٣ ، منها ٥٤٩٦ جناية من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، فكأن نسبة هذه الجرائم الأخيرة إلى مجموع الجنايات فى هذه السنة ٧٩ ٪ . أما عدد الجنح فقد بلغ ١٥٥٧٥٢ جنحة فى سنة ١٩٣٢ — ١٩٣٣ من هذا العدد ٩٢٢٥٠ جنحة من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، فكأن نسبة جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية بالنسبة لمجموع الجنح ٥٩ ٪ .

وفى سنة ١٩٢٢ — ١٩٢٣ كان عدد الجنايات ٧٨٣١ جناية منها ٤٧٨٢ جناية من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية فتكون النسبة ٦١ ٪ من مجموع الجنايات ، وفى هذه السنة بلغت الجنح ١٣٢٦١١ جنحة منها ٩٣٩٩٠ جنحة من جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية ، فتكون نسبة الجرائم الأخيرة ٧٠٫٨ ٪ من مجموع جرائم الجنح .

هذا هو منطق الإحصائيات الجنائيـة التى لا تـكذب يقول فى صراحة إن جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية بلغ متوسطها فى عشرين سنة ٧٢٫٢ ٪ من مجموع الجنايات و ٦٣٫٣ ٪ من مجموع جرائم الجنح .

وهكذا تبين لنا الإحصائيات بصفة قاطعة أن الشريعـة حين احتفلت بجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية على قلة عدد هـذه الجرائم إنما قصدت أن تقضى على أكثر الجرائم تكراراً وأشدها هولا ، أو قصدت أن تقضى على الإجرام قضاء مبرما ، والواقع أننا لو رفعنا من الإحصائيات جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية لما بقى فى الإحصائيات إلا الجنايات والجنح التافهة

أو الاعتبارية التى لا تخل بالأمن ولا تزعزع النظام ولا تؤذى الأخلاق والتى يكفى فى ردع مرتكبيها عقوبات التعزير المختلفة .

ونستطيع بعد هذا أن نقول إن الإحصائيات تؤكد ما قلناه من قبل ، وهو أن الشريعة وضعت عقوبات جرائم الحدود والقصاص لأغراض ثلاثة : هى : حفظ الأمن ، وتثبيت النظام ، وصيانة الأخلاق ، ولا شك أنه إذا سلم للأمة أمنها ونظامها وأخلاقها فقد سلم لها كل شىء ، ولم يقف فى طريق تقدمها ورقيها أى شىء .

٤٩٥ - **العقوبات الشرعية والتجارب** : وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد وضعت عقوباتها لمحاربة الجريمة والإجرام فإن هـذا وحده لا يكفى لإثبات صلاحية الشريعة وتفوقها على القوانين الوضعية ، وإنما يجب أن يثبت بعد ذلك أن هذه العقوبات كافية للقضاء على الإجرام ، إذ العبرة فى هـذا الأمر ليست بالوسائل أو الغايات ، وإنما العبرة بكفاية الوسائل لإدراك ما وضعت له من غايات ، والقوانين الوضعية نفسها قد قصدت محاربة الإجرام والجريمة ووضعت عقوبات معينة لهذا الغرض ولكنها فشلت فى القضاء على الإجرام .

والتجربة وحدها هى التى تبين قيمة الأنظمة الجنائيـة ، ولا عبرة بالمنطق المزوق الذى يصح مرة ويخيب أخرى ولست آتى بجديد حين أقول هذا ، وإنما أكرر ما قاله علماء القوانين الوضعية مجتمعين فى اتحاد القانون الدولى ، حيث قرروا أن أحسن نظام جنائى هو الذى يؤدى عملا إلى نتائج أكيدة فى كفاح الجريمة ، وأن التجارب هى وحدها الكفيلة بإبراز هذا النظام المنشود .

ولقد أبرزت التجارب الحديثة أحسن الأنظمة الجنائية ، وتبين أن هـذا النظام المنشود هو الشريعة الإسلامية ، وكانت التجارب التى امتحنت فيها عقوبات الشريعة على نوعين : كلية ، وجزئية .

فأما التجربة الكلية فقد بدىء بها فى مملكة الحجاز من حوالى عشرين عاما

حيث طبقت الشريعة الإسلامية تطبيقا تاما ، ونجحت نجاحا منقطع النظير فى القضاء على الإجرام وحفظ الأمن والنظام ، ولا يزال الناس يذكرون كيف كان الأمن مختلا فى الحجاز بل كيف كان الحجاز مضرب الأمثال فى كثرة الجرائم وشناعة الإجرام . فقد كان المسافر فيه كالمقيم لا يأمن على ماله ولا على نفسه فى بدو أو حضر فى نهار أو ليل ، وكانت الدول ترسل مع رعاياها الحجاج قوات مسلحة لتأمين سلامتهم ورد الاعتداء عنهم ، وما كانت هذه القوات الخاصة ولا القوات الحجازية بقادرة على إعادة الأمن وكبح جماح العصابات ومنعها من سلب الحجاج أو الرعايا الحجازيين وخطفهم والتمثيل بهم ، وظل حماة الأمن فى الحجاز عاجزين عن حماية الجمهور حتى طبقت الشريعة الإسلامية ، فانقلبت الحال بين يوم وليلة ، وساد الأمن بلاد الحجاز وانتشرت الطمأنينة بين المقيمين والمسافرين ، وانتهى عهد الخطف والنهب وقطع الطريق ، وأصبحت الجرائم القديمة أخبارا تروى فلا يكاد يصدقها من لم يعاصرها أو يشهدها ، وبعد أن كان الناس يسمعون أشنع أخبار الإجرام عن الحجاز أصبحوا يسمعون أعجب الأخبار عن استتباب الأمن والنظام ، فهذا يفقد كيس نقوده فى الطريق العام فلا يكاد يذهب إلى دار الشرطة ليبلغ حتى يجد كيسه كما فقد منه معروضا للتعرف عليه ، وهـذا يترك عصاه فى الطريق فتنقطع حركة المرور حتى تأتى الشرطة لرفع العصا من مكانها ، وهذا يفقد أمتعته وييأس من ردها ولا يبلغ عنها ولـكنه يجـد الشرطة يبحثون عنه ليردوا إليه ما فقد منه ، وبعد أن كان الأمن يعجز عن حفظه قوات عسكرية عظيمة من الداخل وقوات عسكرية كبيرة من الخارج أصبح الأمن محفوظا بحفنة من الشرطة المحليين .

تلك هى التجربة الـكلية وكفى بها دليلا على أن النظام الجنائى فى الشريعة الإسلامية يؤدى عملا إلى قطع دابر الجريمة ، وإنه النظام الذى يبحث عنه ويتمناه اتحاد القانون الدولى .

اما التجربة الجزئية فقد قامت بها أولا انجلترا وأمريكا ومصر وبعض الدول الأخرى ، ثم قامت بها أخيرا كل دول العالم تقريبا وقد نجحت هذه التجربة الجزئية أيضاً نجاحاً منقطع النظير . وقد سمينا هذه التجربة بالتجربة الجزئية؛لأنها جاءت قاصرة على عقوبة واحدة من عقوبات الشريعةوهى عقوبة الجلد،فانجلترا تعترف بالجلد عقوبة أساسية فى قوانينها الجنائية والمسكرية ، ومصر تعترف بهافى قوانينها المسكرية ، وأمريكا وبعض الدول تجعل الجلد عقوبة أساسية فى الجرائم التى يرتكبها المسجون ، ثم جاءت الحرب الأخيرة فقررت كل الدول تقريباً عقوبة الجلد على جرائم التموين والتسعير وبعض الجرائم الأخرى الماسة بالنظام أو الأمن العام ، وهذا اعتراف عام عالمى بأن عقوبة الجلد أفعل من أية عقوبة أخرى،وأنها الوحيدة التى تكفل حمل الجماهير على طاعة القانون وحفظ النظام ، وأن كل عقوبات القوانين الوضعية لا تغنى عن عقوبة الجلد شيئاً فى هذ الباب ، وهذا الاعتراف العالمى هو فى الوقت نفسه اعتراف بنجاح الشريعة الإسلامية فى محاربة الجريمة ؛ لأن عقوبة الجلد هى إحدى العقوبات الأساسية فى الشريعة .

٤٩٦ - **العقوبات الشرعية وطبيعة الإنسان** :- هذه هى التجارب قاطعة فى أن عقوبات الشريعة الإسلامية تؤدى عملا إلى نتائج أكيدةفى كفاح الجريمة وأن أى نظام جنائى وضعى يعجز عن الوصول إلى بعض النتائج التى يصل إليها نظام الشريعة الجنائى ، ولعل السرفى نجاح الشريعة أن عقوباتها وضعت على أساس طبيعة الإنسان ، ففى طبيعة الإنسان أن يخشى ويرجو ، وهو لا يأتى أى عمل إلا بقدر ما ينتظر من منافعه ، ولا ينتهى عن عمل إلا بقدر ما يخشى من مضاره ، فالإنسان لا يلقى بنفسه من القطار وهو متحرك ولو كان له مصلحة فى ذلك مادام يخشى أن يموت ولكنه لا يمتنع عن إلقاء نفسه من الترام أو من على ظهر دابته إذا كان له فى ذلك مصلحة؛لأنه يرجو الوصول إلى منفعته ولا يخشى من وراء عمله ضررا ذا بال ، والمرء قد يخاف ركوب الطائرة ولا يخاف ركوب السيارة ، ويخشى أن

يصعد الجبل الشديد الانحدار ولا يخاف تسلق التل المنبسط ، ويخشى أن يركب الفرس الجموح ، ولـكنه يسعى إلى امتطاء المطية الذلول والإنسان فى هذا كله يقدر المنفعة والضرر ويوازن بينهما ، فإن رجحت كفة المنفعة فهو مقدم عليهما وإن رجحت كفة الضرر فهو محجم عنه ، وطبيعة الإنسان تلازمه فى الخير والشر، فى الأعمال المباحة والأعمال المحرمة ، فلا يرتـكب الجريمة إلا لما ينتظره منها من منفعة ، ولا ينتهى عن الجريمة إلا لما يخشاه من مضارها ، فـكلما اشتدت العقوبة كلما ابتعد الناس عن الجريمة ، وكلما خفت العقوبة كلما ازداد إقبالهم على الجريمة ، وكلما نظرنا إلى الجريمة دون المجرم أيس المجرم فلم يطمع فى استعمال الرأفة ونأى بجانبه عن الجريمة وسلك طريق الاستقامة ، وقد استغلت الشريعة طبيعة الإنسان فوضعت على أساسها عقوبات الجرائم عامة وعقوبات جرائم الحدود والقصاص خاصة . ونظرت فى الجرائم الأخيرة إلى الجريمة دون المجرم ؛ لأن هذه الجرائم من الخطورة بمكان ، ولأنها تمس كيان الجماعة ونظامها ، فالتساهل فيها يؤدى إلى أسوأ النتائج ، والتشدد فيها يؤدى إلى قلة وقوع هذه الجرائم .

ولدينا تجربة فى القانون المصرى تثبت أن إهمال شخصية المجرم فى الجرائم الخطيرة يؤدى إلى أفضل النتائج، فقد رأى الشارع المصرى أخيراً أن يهمل شخصية الجانى إلى حد ما فى جرائم المخدرات فأصدر القانون رقم ٢١ لسنة ١٩٢٨ وهو قانون يشدد عقوبة إحراز المخدارت ويضع حدا أدنى للعقوبة كما يقضى بأن لا تقل العقوبة عن ضعف الحد الأدنى فى حالة العود ويمنع إيقاف تنفيذ العقوبة ، وقد ترتب على صدور هذا القانون أن قلت جرائم المخدرات قلة ظاهرة وصارت تقل سنة بعد أخرى ، فقد كان عدد جرائم المخدرات ٢١١١٣ جريمة فى سنة ١٩٢٦ – ١٩٢٧ أى فى السنة السابقة على صدور القانون ، فأصبحت ١١٤٠٤ جريمة فى سنة ١٩٢٨ – ١٩٢٩ ، وأصبحت ٨٥٩٩ جريمة فى سنة ١٩٢٩ – ١٩٣٠ ونزلت إلى ١٩٢٢ جريمة فى ١٩٣٦ – ١٩٣٧ كما نزلت إلى ١٦٢٨ جريمة فى سنة ١٩٤٢ –

١٩٤٣ وهذا الإحصاء المادى شاهد عدل على أن إهمال شخصية المجرم فى الجرائم الخطيرة هو العامل الأول فى محاربة الجريمة ، وأن نظرية الشريعة الإسلامية فى العقوبة هى النظرية المثلى ، بل إن هذ الاحصاء فى ذاته دليل قاطع على تجربة أخرى ناجحة لنظرية الشريعة فى العقوبة .

الفصل السادس

العقوبات فى القانون المصرى ومدى صلاحيتها

٤٩٧ - **أنواع العقوبات** : تختلف أنواع العقوبات فى القانون المصرى باختلاف الجرائم ، وقد قسم القانون المصرى الجرائم ثلاثة أقسام ،وجعل جسامة الجريمة أساساً لهذا التقسيم ، فأجسم الجرائم تدخل تحت القسم الأول وتسمى جنايات ، وأقلها جسامة تدخل تحت القسم الثانى وتسمى جنحا ، والجرائم التافهة تدخل تحت القسم الثالث وتسمى مخالفات . وجعل القانون لكل قسم من هذه الأقسام الثلاثة عقوبات خاصة ، فعقوبات الجنايات هى الإعدام والأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة والسجن . وعقوبات الجنح هى الحبس والمراقبة والغرامة وعقوبات المخالفات هى الحبس والغرامة ، والفرق بين الحبس فى الجنح و بينه فى المخالفات أنه لا يزيد فى المخالفات عن سبعة أيام وقد يصل فى الجنح إلى ثلاث سنوات ، والفرق بين الغرامة فى الجنح وبينها فى المخالفات أنها لاتزيد فى المخالفات عن مائة قرش وتزيد عن ذلك فى الجنح .

وعقوبة الإعدام هى إزهاق روح المحكوم عليه ، وتختلف قوانين البلاد المتمدينة فى كيفية تنفيذ العقوبة ، ففى بعض البلاد تنفذ بالشنق كما هو الحال فى مصر ، وفى بعضها تنفذ بقطع الرقبة بآلة حادة كما فى فرنسا وبعضها ينفذ العقوبة بصعق المحكوم عليه بتيار كهربائى كما فى الولايات المتحدة الأمريكية .

وعقوبة الأشغال الشاقة سواء كانت مؤبدة أو مؤقتة هى وضع المحكوم

عليه ى محبس مع تشغيله فى أشق الأشغال التى تعينها الحكومة (المادة ١٤ من قانون العقوبات) . وإذا كان المحكوم عليه امرأة أو رجلا جاوز الستين من العمر استوفيت العقوبة فى أحد السجون العمومية (المادة ١٥ عقوبات) والسجن العمومى هو السجن الذى يقع فى دائرة المديرية .

أما عقوبة السجن فهى وضع المحكوم عليه فى أحد السجون العمومية وتشغيله داخل السجن أو خارجه فى الأعمال التى تعينها الحكومة (المادة ١٦ عقوبات) .

ولا يجوز أن تنقص عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن عن ثلاث سنوات كما لا يجوز أن تزيد عن خمس عشرة سنة إلا بنص (م ١٤ ، ١٦ عقوبات) .

وعقوبة الحبس هى وضع المحكوم عليه فى أحد السجون المركزية أو العمومية ولا تنقص عقوبة الحبس عن أربع وعشرين ساعة ولا تزيد على ثلاث سنوات إلا بنص ، والحبس إما أن يكون مع الشغل أو بسيطا ، فإن كان مع الشغل اشتغل المحكوم عليه داخل السجن أو خارجه فى الأعمال التى تعينها الحكومة .

ويمكن القول بأن عقوبة الأشغال الشاقة مؤبدة أو مؤقتة وعقوبة السجن وعقوبة الحبس هى كلها فى جوهرها عقوبات حبس يتفاوت فى مدته أكثر مما يتفاوت فى نوعه ، أما اختلاف العمل الذى يزاوله المحكوم عليه من حيث مكان العمل أو قسوته فلا يغير من طبيعة الحبس شيئاً ، وعلى هذا الأساس تكون العقوبات الجنائية التى يعترف بها القانون المصرى هى الإعدام والحبس والمراقبة والغرامة .

وكان القانون المصرى يعترف بعقوبة الجلد ويخصصها للأحداث حتى سنة ١٩٣٧ م فلما عدل القانون فى هذه السنة استبدلت بتلك العقوبة عقوبة التوبيخ .

كذلك كان القانون المصرى يعترف وقت وضعه بعقوبة النفى مؤبدة ومؤقتة ، فلما عدل فى سنة ١٩٠٤ ألغيت هذه العقوبة بحجة أن سهولة المواصلات

أضعفت من أثر العقوبة الملغاة ولكن الرأى يتجه أخيراً إلى إعادة عقوبة النفى بل لقد اضطرت الحكومة إلى فرض عقوبة النفى الإدارى إلى الطور فى بدء الحرب الأخيرة فى سنة ١٩٤٠ . كما فرضت الجلد عقوبة لمخالفة الأوامر العسكرية الخاصة بالتموين والتسعير وظل الحال كذلك حتى انتهت الحرب .

ومن العقوبات الأساسية فى القانون المصرى عقوبة الإرسال إلى الإصلاحية ، وهى خاصة بمعتادى الإجرام وبالأحداث ، وهذه العقوبة فى جوهرها حبس وإن اختلف نظام الإصلاحيات عن نظام السجون .

٤٩٨ – سلطة القاضى فى تطبيق هذه العقوبات : وقد نص القانون على كل جريمة وعلى العقوبة المقررة لها ، وحين اختيرت العقوبة لكل جريمة روعى فيها أن تكون مناسبة للجريمة ، وجعل الشارع لكل عقوبة عدا الإعدام والتوبيخ حدين : أحدهما يصعد بالعقوبة إلى أعلى درجاتها ، والثانى : ينزل بها إلى أدنى هذه الدرجات ، وفى أغلب الأحوال جعل الشارع لكل جريمة عقوبتين إحداهما أخف من الأخرى .

وأعطى القانون للقاضى سلطة واسعة فى تطبيق العقوبات التى قررت للجرائم فترك للقاضى أن يختار العقوبة الملائمة إذا كان هناك أكثر من عقوبة ، وأن يختار من بين حديها الكمية التى يراها كافية لتأديب المجرم .

ثم أعطى القانون بعد ذلك للقاضى الحق فى أن يستبدل بالعقوبة أو بالعقوبتين المقررتين للجريمة عقوبة أخرى أخف منهما إذا اقتضت ظروف الجريمة الرأفة ، وقصر استعمال هذا الحق على جرائم الجنايات دون غيرها ، فللقاضى أن يستبدل بعقوبة الإعدام عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة . وله أن يستبدل بعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن ، وله أن يستبدل بعقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة عقوبة السجن أو الحبس ، وله أن يستبدل بعقوبة السجن عقوبة الحبس (المادة ١٧ عقوبات) .

وأعطى القانون أخيراً لقاضى الإحالة الحق فى أن يحيل بعض الجنايات على محكمة الجنح لتحكم فيها لا بالعقوبات المقررة للجنايات وإنما بعقوبة الحبس فقط المقررة للجنح ، وليس على قاضى الإحالة قيد فى تجنيح الجنايات ما دامت مقترنة بعذر قانونى معين أو بظروف مخففة تبرر تطبيق عقوبة الجنحة ، وما دامت عقوبة الفعل الأصلية ليست الإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة ، والنتيجة العملية للسلطة المعطاة لقاضى الإحالة هى استبدال عقوبة الحبس المقررة للجنح بعقوبتى الأشغال الشاقة المؤقتة والسجن فى كل جناية تحال إلى محكمة الجنح وهى نتيجة تتفق مع النتيجة التى تؤدى إليها المادة ١٧ عقوبات .

وللقاضى بعد هذا كله أن يأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة إذا كانت بالحبس لمدة لا تزيد على سنة إذا رأى من أخلاق المحكوم عليه أو ماضيه أو سنه أو الظروف التى ارتكب فيها الجريمة ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى مخالفة القانون (المادة ٥٥ عقوبات) .

٤٩٩ ـ العلة فى منح القاضى هذا السلطان : وقد اضطر واضعو القانون اضطراراً إلى إعطاء القاضى هذا السلطان الواسع ؛ لأنهم رأوا العلماء يخفقون فى وضع نظرية علمية للعقوبة ويعجزون عن التوفيق بين مختلف المبادىء التى يراد أن تقوم عليها هذه النظرية ، فآثروا أن يحلوا هذه المشكلة المعقدة حلا عملياً وتركوا للقاضى من بعد التسليم بهذه المبادىء وإقرار نصوص القانون لها أن يوفق هو بين هذه المبادىء المتعارضة ، وأن يراعى مختلف الاعتبارات ، فعليه أن يقدر خطورة الجريمة وأثرها فى الجماعة ، وعليه أن يقدر ظروف المتهم الشخصية ، وظروفه التى أحاطت به وقت ارتكاب الجريمة ، وصلته مع المجنى عليه وصلته به ، فإن رأى أن ظروف الجريمة والجماعة تقتضى إهمال شخصية الجانى أهملها وشدد العقوبة . وإن رأى أن ظروف الجانى تقتضى الرأفة أخذ الجانى بالرأفة ما دامت الرأفة لا تضر بالجماعة .

وكان المفروض أن ينجح القضاة فيما أخفق فيه العلماء ؛ لأن القاضى يراد منه أن يعالج حالات فردية واحدة بعد واحدة غير متأثر إلا بظروف هذه الحالة وحدها ، أما العلماء فيراد منهم أن يعالجوا كل الحالات مرة واحدة ويضعوا لها قواعد عامة تنطبق عليها وتحكمها جميعاً . كان هذا هو المفروض المقدور ، فهل صح الفرض ونجح التقدير أم أخفق القضاة كما أخفق من قبلهم العلماء ؟ إن مقياس النجاح فى هذا الباب هو أثر العقوبة فى علاج الجريمة وكبح جماح المجرمين ، ونظرة واحدة إلى إحصائيات الجرائم سنة بعد أخرى تقطع بأن القضاة قد أخفقوا إخفاقاً لا يساويه إلا إخفاق من سبقهم من العلماء فى معالجة نظرية العقوبة .

٥٠٠ ــ لماذا أخفق القضاة فى تطبيق نظرية العقوبة ؟ والواقع أن الذين قدروا للقضاة النجاح أخطأوا التقدير الصحيح ، ولو أنهم أحسنوا تقدير الأمور بعض الشىء لما وقعوا فى هذا الخطأ الشنيع، لقد عرفوا أن العلماء عجزوا عن تكوين نظرية سليمة للعقوبة ؛ لأنهم أرادوا أن يجمعوا بين مبادىء متعارضة ويجعلونها ماثلة فى كل العقوبات ، فكيف يتوقعون نجاح القضاة وهم يجبرونهم على أن يسلكوا نفس السبيل حين أباحوا لهم أن يراعوا كل هذه المبادىء فى كل جريمة دون استثناء؟ وهل يستطيع القاضى أن يوفق فى أى جريمة خطيرة بين خطورة الجريمة وبين ظروف الجانى المخففة إلا على حساب الجريمة بأن ينزل عن العقوبة التى تقتضيها خطورة الجريمة ليحكم بعقوبة تتلاءم مع ظروف الجانى بقدر الإمكان، وهذا الحكم الذى ينقذ الجانى من العقوبة المغلظة يضحى فى الوقت نفسه بأمن الجماعة ونظامها، ويؤدى إلى نتيجة لا محيص عنها هى استخفاف المجرمين بالعقوبة وتهالكهم على الجريمة فتزداد الجرائم ويختل الأمن ، فالعقوبة التى وضعت لصلاح المجتمع تؤدى إلى إفساده إذا ما أسىء استعمالها ، ولا بد للقاضى أن يسىء استعمالها على الوجه الذى بينا بحكم الظروف القاهرة التى أحاطه بها القانون الوضعى .

لقد رتب القانون تخفيف العقوبة على ظروف الجانى ، فهل يصعب فى أية جريمة مهما كانت خطورتها أن لا تجد لجان عذراً مخففاً ؟ فتارة الجانى شاب يافع وتارة هو متقدم فى السن ، وتارة دفعته للجريمة الغيرة على الشرف والعرض ، وتارة استفز لارتكاب الجريمة ، وتارة وقع تحت مؤثرات قوية ، وتارة دفعته للجريمة عقيدته السياسية أو الوطنية ، إلى غير ذلك من الأعذار التى لا تفرغ منها جعبة الجناة والمدافعين عنهم ،وهل يستطيع القاضى أن يصم أذنيه فلا يسمع دفاعاً . ويغلق قلبه فلا يرحم ضعيفاً ، ويوقف عقله فلا يفكر فى ظروف المتهم ، ولا يقدرها خصوصاً إذا أحكم ترتيبها وأحسن عرضها ؟ صحيح إن القانون أجاز للقاضى أن يأخذ بظروف الرأفة ولم يلزمه بها ، ولكن هذا الجواز بالنسبة للقاضى يساوى تماماً الإلزام بل هو عين الإلزام ؛ لأن الاعتراف بالظروف المخففة وترتيب أثر قانونى لها هو بمثابة تقرير حق الجانى قبل القاضى أساسه هذه الظروف المخففة ، فأى قاض يستطيع أن ينكر على الجانى حقه ، أو يستطيع أن لا يرتب على دفاعه إذا صح أثره ؟ .

وإذا كان واضعو القانون قد غلب على ظنهم نجاح القضاة ؛ لأنهم سيعالجون حالات فردية فذلك هو الظن المجرد ، وإن الظن لا يغنى من الحق شيئاً ،فالقاضى يعالج حقيقة الحالات فرادى ، ولكنه يعالجها على نفس الأساس الذى كان يعالج به العلماء نظرية العقوبة ، فالعلماء ينظرون إلى الجريمة وإلى المجرم معاً ، والقاضى ينظر إلى الجريمة والمجرم معاً ، والعلماء لا يريدون أن يضحوا بأحد هذين الاعتبارين أحياناً فى سبيل الاحتفاظ بالآخر ، والقاضى يفعل مثلهم ولا يستطيع أن يضحى بأحد الاعتبارين ويستبقى الآخر ، فيؤدى به موقفه إلى أن يضحى بهما معاً وبمصلحة الجماعة وأمنها فى أغلب الأحوال .

ولقد نسى من وضع هذا السلطان العظيم فى يد القضاة أنهم بشر ، وأن فى طبيعة البشر التهرب من حمل المسئولية ، وأن الإنسان إذا خير بين مسئوليات

سارع إلى حمل أخفها كما يسارع إلى الابتعاد عن أثقلها ، ولا يتعرض لحمل المسئوليات الثقيلة إلا كارهاً أو مضطراً حين لا يجد بداً من حملها أو لا يجد مخرجاً لتركها ، فالقاضى يشعر عادة بثقل مسئوليته حين يفكر فى الحكم بالإعدام وتنفر نفسه غالباً من مثل هذا الحكم ولا يقدم عليه مادام يستطيع أن يستبدل بالإعدام الأشغال الشاقة ، وكذلك ينفر من الحكم بالأشغال الشاقة ويشعر بثقله على نفسه طالما كان فى استطاعته أن يحكم بالسجن أو بالحبس ، وقد يضايق القاضى أن يحكم على شخص ما لظروفه بالحبس مع النفاذ ، ولكنه لا يرى غضاضة فى الحكم عليه بالحبس مع إيقاف تنفيذ العقوبة ، كذلك لا ينفر القاضى ولا يتردد أن يحكم بعقوبة ما أياً كان نوعها إذا لم يكن يستطيع أن يختار غيرها أو يستبدل بها أخف منها ، وليس القاضى بدعاً فى هذا ، وإنما هى طبيعة الإنسان لا تتغير حتى يتغير تكوينه ، فمن طلب منه أن يأتى بما ليس فى طبيعته فقد طلب المحال وباء بالخسران والخبال .

٥٠١ – فشل واضعى القانون فى علاج مشكلة العقاب ومظاهره :

ونستطيع أن نتبين مما سبق أن واضعى القانون قد أخفقوا إخفاقاً ذريعاً حين أرادوا معالجة مشكلة العقاب علاجاً عملياً عن طريق القضاء ، ويتمثل هذا الإخفاق فى مظهرين لكل منهما أهميته وأثره وهما :

أولا : تعطيل العقوبات الأصلية : ترتب على إعطاء القضاة السلطان التام فى اختيار العقوبة ، واستبدال غيرها بها أن تعطلت العقوبات التى وضعت أصلا للجرائم بحيث أصبحت فى حكم الملغاة ؛ لأن القاضى كما قلنا لا يلجأ إلى التشديد إلا إذا سد أمامه باب التخفيف ، ويندر أن يغلق دونه هذا الباب ، ولا يطبق القاضى العقوبة الأصلية طالما استطاع أن يطبق العقوبة الاحتياطية وهو لا يكاد يعجز عن ذلك فى كل الأحوال .

فعقوبة الإعدام وهى مقررة لحوالى عشرين جريمة يندر تطبيقها الآن مع أن جريمة القتل وهى إحدى الجرائم العشرين التى يعاقب عليها بالإعدام تقع بمعدل

تسع جرائم يوميا خمس منها جرائم تامة وأربع منها تقف عند الشروع . وفى سنة ١٩٣٦ - ١٩٣٧ كانت جرائم القتل والشروع فيه ٣٠٩٣ جريمة وفى سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ بلغت ٣٢١١ جريمة فهى على خطورتها تزداد عاما بعد عام ، وهذه الزيادة سبب يدعو إلى التشدد فى تطبيق عقوبة الإعدام وإن كانت خطورة الجريمة فى ذاتها أدعى إلى هذا التشدد دون نظر إلى غير ذلك من العلل والأسباب.

ولكن الإحصائيات وآسفاه ترينا مالا يراه العقل وتنتهى بنا إلى غير ماينتهى إليه منطق الأشياء، ترينا أن جرائم القتل تزداد باستمرار، والأحكام الرادعة تقل باستمرار ففى سنة ١٩٣٦-١٩٣٧[1] فصلت محاكم الجنايات بالإدانة فى ١٤٨ قضية قتل من الأنواع التى يجب فيها الحكم بالإعدام ، وكان عدد المتهمين فى هذه القضايا ٢٢٢ شخصا، ولكن محاكم الجنايات لم تحكم بالإعدام إلا على ١٧ شخصا فقط واستبدلت للباقين بعقوبة الإعدام عقوبات أخرى ،ومعنى ذلك أن عقوبة الإعدام لم تطبق فى القضايا التى تجب فيها إلا بنسبة ٧٫٦ ٪ . وفى سنة ١٩٣٧ - ١٩٣٨ قضت محاكم الجنايات بالإدانة فى ١٢٧ قضية قتل من الأنواع التى يجب فيها الحكم بالإعدام وكان عدد المتهمين فى هذه القضايا ١٨١ شخصا حكم على ستة عشر شخصا منهم بالإعدام واستبدلت للباقين بعقوبة الإعدام عقوبات أخرى،ومعنى ذلك أن عقوبة الإعدام لم تطبق فى القضايا التى تجب فيها إلا بنسبة ٨٫٨ ٪ . وفى سنة ١٩٣٨-١٩٣٩ قضت محاكم الجنايات بالإدانة فى ١٥٠ قضية قتل من الأنواع التى يجب فيها الحكم بالإعدام ، وكان عدد المتهمين فى هذه القضايا ٢٠٦ شخصا حكم على تسعة أشخاص فقط من هؤلاء بالإعدام واستبدلت للباقين عقوبات مخففة بعقوبة الإعدام ، أى : أن عقوبة الإعدام لم تطبق فى القضايا التى تجب فيها إلا بنسبة ٤٫٣ ٪ . وفى سنة ١٩٣٩ - ١٩٤٠ قضت محاكم الجنايات

(١) هذا الإحصاء وما يليه مأخوذ من الإحصاء القضائى السنوى لوزارة العدل وليس لنا فيه إلا استخراج النسب المئوية .

بالإدانة فى ١٤٨ قضية قتل من الأنواع التى يجب فيها الحكم بالإعدام ، وكان عدد المتهمين فى هذه القضايا ١٩٥ شخصا حكم على ستة منهم فقط بالإعدام واستبدلت بعقوبة الإعدام عقوبات مخففة للباقين ، أى : أن عقوبة الإعدام لم تطبق فى القضايا التى تجب فيها إلا بنسبة ١ر٣ ./ .

فمتوسط نسبة الأحكام التى قضت بعقوبة الإعدام فى هذه السنوات الأربع المتتاليه هى ٩ر٥ ./ وضآلة هذه النسبة وتفاهتها ترجع إلى أنها تحدد أحكام الإعدام لافى جرائم القتل بصفة عامة ، ولكن فى الجرائم التى يوجب فيها القانون الحكم بعقوبة الإعدام دون غيرها .

ولا يظن أحد أن نسبة أحكام الإعدام كانت مرتفعة فى القديم فإن الإحصائيات تدل على أن هذه النسبة كانت ٧ر٥ ./ فى سنة ١٩٢٦-١٩٢٧ ، وأنها كانت فى السنة التالية لها ٩ر٢ ./ و يالها من نسبة قمينة بأن تحيل النظام فسادا والأمن خوفا ولعل واضع القانون لم يدر بخلده يوما ما أن يصل إلى هذه النتيجة ، ولو أنه توقعها لما سمح باستبدال العقوبات المخففة بالعقوبات المشددة

ولعل فيما سبق الدليل الكافى على أن عقوبة الإعدام معطلة ، وأنها تكاد تكون حبراً على ورق يعترف بها القانون و ينكرها الواقع .

وما قيل عن عقوبة الإعدام يمكن أن يقال عن عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة، فإنها لا تكاد تطبق كعقوبة أصلية، وإنما تطبق بدلا من عقوبة الإعدام.

وإذا راجعنا إحصائية العقوبات الصادرة من محاكم الجنايات فى سنة ١٩٣٦-١٩٣٧ نجد أن مجموع المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة ١١٤ شخصاً من هؤلاء تسعة عشر شخصاً حكم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة كعقوبة أصلية أما الباقون فعقوباتهم مستبدلة بعقوبة الإعدام . وفى سنة ١٩٣٧ - ١٩٣٨ كان المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة ١٢١ شخصاً من هؤلاء ٤٨ شخصاً عقوبتهم أصلية والباقون عقوبتهم مستبدلة بالإعدام . وفى سنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩

كان عدد المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة ١١٤ شخصا من هؤلاء ٣٣ شخصاً عقوبتهم أصلية والباقون عقوبتهم مستبدلة بالإعدام . وفى سنة ١٩٣٩ ـ ١٩٤٠ كان المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة ١٢٣ شخصا من هؤلاء ٣١ شخصاً عقوبتهم أصلية والباقون عقوباتهم مستبدلة بالإعدام .

ولا تكاد محاكم الجنايات تحكم بالأشغال الشاقة المؤبدة كعقوبة أصلية إلا فى القتل الذى لم يقترن بظروف ، وإلا فى بعض جرائم الشروع فى القتل المعاقب عليه بالإعدام ، أما بقية الجنايات الأخرى فيندر أن يحكم فيها بعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة ، فمثلا تدل الإحصائيات على أنه لم يحكم بالأشغال الشاقة المؤبدة فيما بين ١٩٣٦ ـ ١٩٣٧ وبين ١٩٣٩ ـ ١٩٤٠ إلا من أجل القتل والشروع فيه فيما عدا خمسة أشخاص حكم عليهم فى كل هذه المدة لسرقات .

ومن السهل أن نبين نسبة تطبيق عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة كعقوبة أصلية فى جرائم القتل الذى لم يقترن بظروف ففى سنة ١٩٣٦ ـ ١٩٣٧ كانت ٧ر٨ ٪ وفى سنة ١٩٣٧ ـ ١٩٣٨ كانت ٧ر١٥ ٪ وفى سنة ١٩٣٨ ـ ١٩٣٩ كانت ٩ر٨ ٪ وفى سنة ١٩٣٩ ـ ١٩٤٠ كانت ٩ر١٢ ٪ ومتوسط النسبة فى السنوات الأربع هو ٣ر١١ ٪ .

ولكن من الصعب أن نبين النسبة فى جرائم الشروع ؛ لأن الإحصائيات تجمل عدد القضايا ولا تبين ما تجب فيه عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة وما لا تجب فيه . ولا نعتقد أنها تزيد عن النسبة فى جرائم القتل بل إنها قد تقل عنها كثيرا ، ففى سنة ١٩٣٦ ـ ١٩٣٧ مثلا حكم على ٤٣٨ شخصا فى جرائم الشروع فى القتل من هؤلاء أربعة فقط حكم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة .

أما النسبة فى جرائم السرقة فهى تكاد تكون معدومة ، فى سنة ١٩٣٦ ـ ١٩٣٧ أدين ١٢٨ شخصا ، كان يجب أو يجوز طبقا لنص القانون أن يحكم عليهم

بالأشغال الشاقة المؤبدة ، ولكن لم يحكم على أحد منهم بهذه العقوبة ، وفى سنة ١٩٣٧ـ١٩٣٨ أدين ١٢٤ شخصا منهم اثنان فقط هما اللذان حكم عليهما بعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة كعقوبة أصلية أى : بنسبة ٦ر١ ٪ ، وفى سنة ١٩٣٨ ـ ١٩٣٩ عوقب ١٤٧ شخصا منهم ثلاثة فقط هم الذين حكم عليهم بالأشغال الشاقة المؤبدة كعقوبة أصلية أى بنسبة ٢ ٪ وفى سنة ١٩٣٩ـ١٩٤٠ عوقب ١٤٨ شخصا لم يحكم على أحد منهم بعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة . وإذن فالإحصائيات تدل على أن عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة تطبق فى جرائم السرقة كعقوبة أصلية بنسبة متوسطها ٩ر٠ ٪ فقط .

وإذا كانت عقوبة الإعدام وعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة قد أصبحت كلتاهما معطلة لا تطبق على الجرائم التى فرضها لها القانون ، فإن عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة وعقوبة السجن قد لقيت كلتاهما مثل هذا المصير ؛ ذلك أن الجنايات المعاقب عليها بعقوبتى الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن تحال على محكمة الجنح للفصل فيها على أساس عقوبة الجنحة إذا كان للمتهم أعذار معينة أو ظروف مخففة ، وهذه الجنايات التى تحال على محكمة الجنح قد تبلغ أحيانا نصف ما يحال على محاكم الجنايات ، ومعنى هذا أن ثلث مجموع الجنايات تقريبا يعاقب عليه بعقوبة الحبس بينما عقوبته الأصلية الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن .

والمفروض فى القضايا التى تحال على محاكم الجنايات أنها نوعان: نوع عقوبته الأعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة وقد تدعو ظروف المتهمين فيه إلى استعمال الرأفة وقد لا تدعو لذلك ، ونوع عقوبته الاشغال الشاقة المؤقتة أو السجن وظروف المتهمين فيه كما رأى قاضى الإحالة لا تدعو لاستعمال الرأفة ، فكان المنطق يقضى بأن هذا النوع الثانى يحكم فيه على المتهمين بالعقوبات الأصلية ، ولكن الواقع لا يتفق دائماً مع المنطق ، فإن كثيرا من قضايا هذا النوع يحكم فيها بالحبس ، وتدل الإحصائيات على أن هذه القضايا يحكم فى ٦ر٣٨ ٪ منها

بالحبس بدلا من العقوبات الأصلية [١] ؛ لأن ظروف الرأفة تظهر دائماً أمام محكمة الموضوع وإن لم تظهر فى كل أدوار التحقيق ، ولأن المتهمين لا يعجزون عن إظهار أنفسهم فى مظهر المستحق للرأفة .

ونستطيع أن نصل إلى نسبة دقيقة فى كل الجنايات إذا راجعنا العقوبات التى تصدر فيها سواء من محاكم الجنايات أو محاكم الجنح ، ففى سنة ١٩٣٦-١٩٣٧ حكمت محاكم الجنايات بالعقوبة فى ٢١٨٢ جناية على ٣٠٦٣ شخصاً من هؤلاء ٩٤١ شخصاً حكم عليهم بعقوبة الجنحة ، وفى نفس العام حكمت محاكم الجنح فى ١١٥٤ جناية على ١٤١٦ شخصاً بعقوبة الجنحة ، فأصبح عدد المحكوم عليهم بعقوبة الجناية ٢١٢٢ شخصاً ، والمحكوم عليهم بعقوبة الجنحة ٢٣٧٥ شخصاً ، أى أن ٥٢و٦ ٪ من الجنايات حكم فيها بعقوبة الجنحة بدلا من عقوباتها الأصلية . وفى سنة ١٩٣٧ ـ ١٩٣٨ حكمت محاكم الجنايات بالعقوبة فى ٢٤٠٨ جناية على ٥ ٢٩ شخصاً منهم ٨٣٢ حكم عليهم بعقوبة الجنحة وفى نفس العام حكمت محاكم الجنح فى ١٠٤٥ جناية على ١٣٦٢ شخصاً ، فكان عدد المحكوم عليهم بعقوبة الجناية ٢١٠٣ وعدد المحكوم عليهم بعقوبة الجنحة ٢١٩٤ شخصاً ، أى : أن ٥١ ٪ من الجنايات حكم فيها بعقوبة الجنحة بدلا من العقوبات الأصلية. وفى سنة ١٩٣٨ ـ ١٩٣٩ كانت النسبة ٤٩ر٧ ٪ ، وفى سنة ١٩٣٩ ـ ١٩٤٠ كانت النسبة ٤٩و٦ ٪ ، فمتوسط ما يحكم فيه سنوياً من الجنايات بعقوبة الجنحة هو ٥٠ر٧ ٪ من مجموع كل الجنايات .

وهكذا تنتهى عقوبات الجنايات هـذه النهاية السيئة ، فعقوبة الإعدام لا تطبق إلا على أقل من ٦ ٪ من الجرائم التى جعلت عقوبة لها ، وعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة لا تطبق فى بعض الجرائم كعقوبة أصلية ، فإذا طبقت فى البعض

(١) أخذت هذه النسبة من كشف العقوبات التى حكمت بها محاكم الجنايات فى سنة ١٩٣٩ ـ ١٩٤٠ من مقارنة المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة المؤقتة والسجن بعدد المحكوم عليهم بالحبس فى كل الجنايات عدا جنايات القتل .

الباقى تراوحت نسبتها المئوية بين ١ و١١ ٪ وعقوبة الأشغال المؤقتة والسجن لا تطبق إحداهما إلا على ٣٥ ٪ من الجرائم المقررة لها باعتبار أن نصف الجرائم بجنح وأن ٣٠ ٪ من الباقى يحكم فيه بعقوبة الجنحة .

ومعنى ما سبق أن تطبيق العقوبات على الجرائم نزل بها درجة أو أكثر ، فنزل بالإعدام إلى الأشغال الشاقة المؤبدة ، ونزل بهذه إلى الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن ، ونزل بكل من هاتين إلى عقوبة الحبس . ولعلنا بهذا الاستدلال قد أدركنا إلى أى حد تعطلت العقوبات الأصلية وأحطنا جيداً بمعنى هذا التعطيل.

ثانياً : الميل إلى تخفيف العقوبات : قلنا إن القانون جعل لكل عقوبة حدين يرتفع أحدهما بالعقوبة إلى نهاية التغليظ ، وينزل بها الثانى إلى نهاية التخفيف ، وقد خول القانون القضاة حق تقدير العقوبة من بين هذين الحدين ، ولكنهم يميلون غالباً إلى التخفيف وينزلون فى كثير من الأحوال بالعقوبة إلى حدها الأدنى متأثرين فى ذلك بمختلف العوامل التى سبق شرحها .

ولست أسوق دليلا على هذا القول إلا الإحصاءات الرسمية[1] ففى سنة ١٩٣٦ـ ١٩٣٧ حكم على ١١٦٥ شخصاً بالأشغال الشاقة المؤقتة فكانت نسبة المحكوم عليهم من هؤلاء بأدنى العقوبة وهى ثلاث سنوات ٣٣ر٢ ٪ ، وكانت نسبة المحكوم عليهم بمدد تتراوح بين عشر سنوات وخمس عشرة سنة ١٥ر٤ ٪ وكانت نسبة من حكم عليهم بمتوسط العقوبة ٥١ر٤ ٪ . وفى نفس السنة حكم بالسجن على ٧٤٤ شخصاً فكانت نسبة من حكم عليهم بأدنى العقوبة وهى ثلاث سنوات ٥٨ ٪ ، وكانت نسبة من حكم عليهم بمدد تتراوح بين عشر سنوات وخمس عشرة سنة ١ر٨ ٪ ، وكانت نسبة من حكم عليهم بمتوسط العقوبة ٤٠ر٢ ٪ . وفى نفس السنة حكم على ٤٠٠٩٠ شخصاً بالحبس مع الشغل

---

(١) أخذت هذه الإحصاءات من تقارير مصلحة السجون السنوية واستخرجت النسبة المئوية بمعرفتنا .

فكانت نسبة المحكوم عليهم بثلاثة أشهر فأقل ٥٦٫٣٪، وكانت نسبة المحكوم عليهم بمدد تتراوح بين ثلاثة أشهر وسنة واحدة ٣٢٫٤٪، وكانت نسبة المحكوم عليهم بسنة فأكثر ١١٫٣٪. وفى نفس السنة حكم بالحبس البسيط على ٢٣٩٢٥ شخصاً فكانت نسبة المحكوم عليهم بثلاثة أشهر فأقل ٩٩٫٦٪ ونسبة المحكوم عليهم بأكثر من تسعين يوماً ٠٫٤٪.

وفى سنة ١٩٣٨–١٩٣٩ كانت نسبة المحكوم عليهم بأدنى عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة إلى مجموع المحكوم عليهم ٤٨٫٩٪، وكانت نسبة المحكوم عليهم بمدد تتراوح بين عشر سنوات وخمس عشرة سنة ١٣٫٤٪، وكانت نسبة المحكوم عليهم بمتوسط العقوبة ٣٧٫٧٪. وفى نفس السنة كانت نسبة المحكوم عليهم بأدنى عقوبة السجن ٦٩٫٣٪، وكانت نسبة المحكوم عليهم بمدد تتراوح بين عشر سنوات وخمس عشرة سنة ١٫٦٪، وكانت نسبة المحكوم عليهم بمتوسط العقوبة ٢٩٫١٪. وفى نفس السنة كانت النسب بين المحكوم عليهم بالحبس مع الشغل أو الحبس البسيط تكاد تعادل النسب التى بيناها عن سنة ١٩٣٦–١٩٣٧ هذا هو لسان الإحصاء الذى لا يكذب، وإنه لقاطع فى أن المحاكم تنفر من التشديد، وأنها تميل بالعقوبة إلى التخفيف أكثر مما تميل بها إلى الاعتدال.

ويجب أن لا ننسى بعد هذا أن العقوبة خففت قبل ذلك مرة أخرى حين استبدلت بالعقوبة الأصلية عقوبة أخرى، ومعنى ذلك أن المحاكم تخفف العقوبة مرتين: مرة عند اختيارها أو عند قبول الظروف المخففة، ومرة عند تقديرها والنطق بها.

٥٠٢ – علة تعطيل العقوبات وتخفيفها: رأينا فيما سبق كيف تعطلت العقوبات الأصلية وكيف تتجه المحاكم إلى تخفيف العقوبة بقدر الإمكان، ولهاتين الظاهرتين الخطيرتين علة واحدة هى أن القانون قد جعل العقوبة للزجر والتأديب، واعترف بأن لشخصية المجرم وظروفه أثر على العقوبة، والقاضى ملزم حين يوقع العقوبة أن يراعى هذين المبدأين معاً فى الجرائم الخطيرة والبسيطة

على السواء ؛ لأن القانون لم يهمل شخصية المتهم فى الجرائم الخطيرة الماسة بكيان الجماعه كما فعلت الشريعة ، وكلا المبدأين مناقض للآخر فتحقيق الزجر والتأديب يقتضى تشديد العقوبة ،ومراعاة شخصية المتهم تقتضى تخفيف العقوبة، ولا يستطيع القاضى أن يفعل شيئاً لإزالة هذا التناقض إلا أن يوفق بين المبدأين بقدر الإمكان ، ولكنه حين يفعل يتجه دائماً ناحية المتهم ؛ لأنه هو الذى يكون ماثلا أمامه بمادته ومعناه يسترحمه و يستعطفه ويعرض ظروفه ويبرر موقفه ، أما مصلحة الجماعة فلا تكون وقت المحاكمة ممثلة فى ذهن القاضى بالقوة التى تتمثل بها مصلحة المتهم ، ولذلك لا تراعى بالقدر الذى يراعى به المتهم ، وتكون النتيجة ما رأينا من تعطيل العقوبات وتخفيفها .

٥٠٣ - هل نجحت العقوبات القانونية فى محاربة الإجرام ؟ :

شرعت العقوبات ولا تزال لمحاربة المجرمين والإجرام ، وحين يراد تحريم فعل معين تقدر له العقوبات التى يرى أنها كفيلة بزجر الناس عن إتيان هذا الفعل المحرم ، فإن أدت العقوبة بالناس إلى أن يمتنعوا عن الفعل المحرم فقد نجحت العقوبة وأدت الغرض منها ، و إن لم يزدجر الناس عن الفعل المحرم حاول أولو الأمر أن يعاقبوا عليه بعقوبة أكثر ردعاً من العقوبة السابقة .

فالمقياس الصحيح لنجاح عقوبة ما هو أثرها على المجرمين والجريمة فإن نقص عدد المجرمين وقلت الجرائم فقد نجحت العقوبة ، و إن زاد عدد المجرمين والجرائم فقد فشلت العقوبة ووجب أن تستبدل بها عقوبة أخرى قمينة بأن تردع المجرمين وتصرفهم عن ارتكاب الجرائم .

ولقد علمنا أن القانون المصرى قرر عقوبات الإعدام والأشغال الشاقة المؤبدة والمؤقتة والسجن والحبس والإرسال للإصلاحية ، ونحب أن نعرف إلى أى حد نجحت هذه العقوبات ، وكيف كان أثرها على المجرمين والجريمة ؟ وهذه العقوبات على تعددها هى عقوبتان : الإعدام ، والحبس بوجه عام .

٥٠٤ ـ الإعدام : فأما الإعدام فلا شك فى أنه عقوبة رادعة، وقد قررت لأقل ما يمكن من الجرائم ، ولا تكاد تقع فى حياتنا اليومية جرائم يعاقب عليها بالإعدام إلا جرائم القتل ، وقد بينا مستندين إلى الإحصاءات نسبة تطبيق عقوبة الإعدام فى الجرائم التى يعاقب عليها وجوبا بالإعدام فإذا هى فى المتوسط أقل من ٦٪ ، وهى نسبة ضئيلة تشجع على الإجرام ولا تردع عنه ، والذين يتصلون بدور القضاء يعلمون أن القاتل اليوم لا يبالى أن يقتل ويعترف بجريمته ، وإنما يبالى ويهتم بأن يركز دفاعه فى طلب الرأفة ليفلت بجلده من عقوبة الإعدام وهو يصل غالبا إلى ما يتمناه

ولست أدرى كيف نقبل أعذار القتلة والسفاكين وهم لا يقبلون عذرا من ضحاياهم ؟ وكيف نرحمهم وهم لا يرحمون فرائسهم ؟ وإذا كان القاتل لا يقتل وفى قلبه ذرة من الرحمة ، ولا يقتل إلا بعد تفكير وتدبير وإصرار على القتل وترصد للمقتول ، فليت شعرى أية ظروف بعد هذا كله تحملنا على أن نعامله بالرأفة والرحمة ؟ وإذا كان القانون نفسه قد فرق بين القتل بالتسميم، والقتل المسبوق بسبق إصرار وترصد أو المقترن بجريمة أخرى أو المقصود به تسهيل ارتكاب الجرائم ، إذا كان القانون قد فرق بين هذه الأنواع وبين القتل الذى يقع دون ترتيب لوسائله أو تفكير سابق فيه ، وجعل عقوبة الأنواع الأولى الإعدام وعقوبة النوع الثانى الأشغال الشاقة ، فكيف سوينا بين المختلفين ، ولم نفرق فى العقوبة بين النوعين ؟ وكيف طبقنا عقوبة الإعدام فى حدود هذه النسبة الضيقة بحجة استعمال الرأفة ؟ وهل أصبح المجرمون اليوم مستحقين للرأفة والرحمة بنسبة ٩٤ر١ ٪ فى الجرائم التى لا تستحق أصلا رأفة أو رحمة ؟ .

إن جرائم القتل التى تقع كل عام تعادل ٣٥٪ من مجموع الجنايات كلها، وهى تزداد عاما بعد عام، ففى سنة ١٩٣٥ ـ ١٩٣٦ كان عدد جنايات القتل والشروع فيه ٢٨٥٧ وكان مجموع الجنايات ٧٩٧٦ . وفى سنة ١٩٣٦ ـ ١٩٣٧ كان عدد

جنايات القتل والشروع فيه ٣٠٩٣ بينما كان مجموع الجنايات كلها ٨٦١٨ . وفى سنة ١٩٣٧ ـ ١٩٣٨ كان عدد جنايات القتل والشروع فيه ٣٣١٩ جناية وكان مجموع الجنايات كلها ٩٢٣٢ . ولعل هذه الزيادة المتجددة ترجع قبل كل شىء إلى استعمال الرأفة .

فعيب عقوبة الإعدام إذن يرجع إلى تطبيقها لا إلى طبيعتها ، وقد جاء هذا العيب من إباحة قبول الظروف المختلفة فى الجرائم الخطيرة على المجتمع وعلى حياة الأفراد ، ولو حرم قبول الظروف المخففة فى الجرائم المعاقب عليها بالإعدام أو على الأقل فى جريمة القتل أو حرم على القضاة أن يستبدلوا بعقوبة الإعدام عقوبة أخرى لكان لعقوبة الإعدام أثرها الذى لا بد منه فى تقليل جرائم القتل ، ولحل جانب خطير من مشكلة الإجرام .

٥٠٥ ـ **عقوبات الحبس وعيوبها** :ـ أما عقوبات الأشغال الشاقة بنوعيها والسجن والحبس فهى كما قلنا من قبل ليست فى جوهرها إلا عقوبة الحبس الذى يتفاوت فى مدته أكثر مما يتفاوت فى نوعه ، وعقوبة الحبس هذه هى العقوبة الأساسية لمعظم الجرائم ، يجازى بها المجرم الذى ارتكب جريمته لأول مرة ويجازى بها المجرم العاتى الذى تخصص فى الإجرام ، ويجازى بها الرجال والنساء والشبان والشيب ، ويجازى بها من ارتكب جريمة خطيرة ومن ارتكب جريمة تافهة ، وتنفذ العقوبة على هؤلاء جميعا بطريقة واحدة تقريبا ، وقد أدى تطبيق هذه العقوبة على هذا الوجه إلى نتائج خطيرة ومشاكل دقيقة نبسطها فيما يلى :ـ

١ ـ إرهاق خزانة الدولة وتعطيل الإنتاج : ـ يوضع المحكوم عليهم بعقوبة الحبس على اختلاف أنواعها فى محابس يقيمون بها حتى تنتهى مدة العقوبة ولهذه المحابس أسماء مختلفة ، وأقلها درجة : السجون المركزية ويوضع بها المحكوم عليهم بالحبس لمدة ثلاثة أشهر فأقل ، ويليها فى الدرجة السجون العمومية

ويوضع فيها المحكوم عليهم بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر والمحكوم عليهم بالسجن والمحكوم عليهم بالأشغال الشاقة من النساء أو الرجال المتقدمين في السن، ويلي السجون العمومية الليمانات ويوضع فيها المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة مؤبدة أو مؤقتة، وهناك إصلاحيات الرجال ويوضع بها معتادو الإجرام : أما إصلاحيات الأحداث فهي للأطفال الذين تزيد أسنانهم على سبع سنوات .

وقد بلغ عدد المحكوم عليهم بالحبس بمختلف أنواعه ١٢٧٠٩٠ شخصا في سنه ١٩٣٨ ـ ١٩٣٩ ولا يدخل في هذا العدد من حكم عليهم بالحبس من المحاكم المركزية ويتزايد عدد المحكوم عليهم باستمرار سنة بعد أخرى وقد بلغ متوسط المسجونين يوميا ٢٥٥١٥ في سنة ١٩٣٨ ـ ١٩٣٩ بزيادة ٥٩٧٤ عن السنة السابقة .

والمحكوم عليهم يكونون في الغالب من الأشخاص الأصحاء القادرين على العمل، فوضعهم في السجون هو تعطيل لقدرتهم على العمل وتضييع لمجهود كبير كان من الممكن أن يبذلوه فيستفيد منه المجتمع لو عوقبوا بعقوبة أخرى غير الحبس تكفي لتأديبهم وردع غيرهم .

ولا شك أن هناك من العقوبات ما يمكن أن يؤدي وظيفة الزجر والردع ويكون له أثره في محاربة الجريمة دون أن يؤدي إلى تعطيل مجهود المحكوم عليه، كالجلد مثلا فإن تنفيذ هذه العقوبة ليس له أثر في الغالب على إنتاج المحكوم عليه وقيامه بعمله اليومي .

ولقد حاولت مصلحة السجون أن تستغل قدرة المسجونين على العمل، ولكنها لم تستطع حتى الآن أن توجد عملا إلا لعدد قليل من المسجونين ، أما الباقون فيكادون يقضون حياتهم في السجون دون عمل يأكلون ويتطببون ويلبسون على حساب الحكومة .

وقد بلغت نفقات مصلحة السجون ٨٦٢١٢٥ ج في سنة ١٩٣٨ ـ ١٩٣٩،

منها مبلغ ١٥٠٠٠٠ ج أثمان الخدمات التى يقوم بها المسجونون ، فكأن ميزانية الدوله تتحمل ٥٣٢١٢٥ ج تنفق سنويا على المسجونين ، ولو أضيف إلى هذا المبلغ الضخم ما يخسره المجتمع كل عام من تعطل هؤلاء المسجونين عن الإنتاج على فرض أن كل مسجون ينتج سنويا ما يساوى أربعة وعشرين جنيها لبلغت خسارة الأمة فى سبيل عقوبة الحبس ٢٥٨٢٢٨٥ ج سنويا .

٢ — إفساد المسجونين : وكان من الممكن أن تتحمل الجماعة هذه الخسارة الكبيرة سنويا لو كانت عقوبة الحبس تؤدى إلى إصلاح المسجونين ، ولكنها فى الواقع تؤدى بالصالح إلى الفساد وتزيد الفاسد فساداً على فساده ، فالسجن يجمع بين المجرم الذى ألف الإجرام وتمرس بأساليبه ، وبين المجرم المتخصص فى نوع من الإجرام و بين المجرم العادى ، كما يضم السجن أشخاصا ليسوا بمجرمين حقيقيين وإنما جعلهم القانون مجرمين اعتبارا كالمحكوم عليهم فى حمل الأسلحة أو لعدم زراعة نسبة معينة من القمح والشعير وكالمحكوم عليهم فى جرائم الخطأ الإهمال ، واجتماع هؤلاء جميعا فى صعيد واحد يؤدى إلى تفشى عدوى الإجرام بينهم ، فالمجرم الخبير بأساليب الإجرام يلقن ما يعلمه لمن هم أقل منه خبرة ، والمتخصص فى نوع من الجرائم لا يبخل بما يعلم عن زملائه ، ويجد المجرمون الحقيقيون فى نفوس زملائهم السذج أرضا خصبة يحسنون استغلالها دائما فلا يخرجون من السجن إلا وقد تشبعت نفوسهم إجراما .

ولقد دلت المشاهدات على أن الرجل يدخل السجن لأمر لا يعتبره العرف جريمة كضبط قطعة سلاح معه وكان المعروف عنه قبل دخوله السجن أنه يكره المجرمين و يأنف أن يكون منهم ، فإذا خرج من السجن حبب إليه الإجرام واحترفه بل صار يتباهى به ، وكان هذا مما أدى بالقضاة إلى أن صاروا يشفقون من الحكم بالحبس فى الجرائم الاعتبارية التى لا يتمثل فيها روح الإجرام الحقيقى ، كما أنهم يوقفون تنفيذ العقوبة فى الجرائم الحقيقية إذا كان المجرم مبتدئا ؛ لأنهم يخشون

أن يدخل الجانى السجن بريئاً من الإجرام أو مبتدئاً فيه فيخرج من السجن ملوثاً بالإجرام متفقهاً فى أساليبه .

فالسجن الذى يقال عنه إنه إصلاح وتهذيب ليس كذلك فى الواقع ، وإنما هو معهد للإفساد وتلقين أساليب الإجرام .

وقد شعرت الحكومة بوطأة هذه الحالة فهى تحاول أن تصلح من هذا العيب . ولكن أساس الإصلاح يدل على أنه لن يكون ناجعاً ، إذ أنها تريد أن تقسم السجون على أساس نوع العقوبة وأسنان المحكوم عليهم، وهذا التقسيم سيبقى الحالة على ماهى عليه ؛ لأنه يجمع بين ذوى العقوبة الواحدة فى محبس واحد وبعضهم قد يكون مبتدئاً لا يعلم كثيراً عن الإجرام والبعض من عتاة المجرمين، واختلاط هؤلاء هو نفس العيب الذى يراد علاجه ، أما جمع الشبان فى محبس واحد والكهول فى محبس واحد فلن يكون علاجاً ؛ لأن الإحصائيات تدل على أن أكثر المجرمين من الشبان ، ففى سنة ١٩٣٨ ــ ١٩٣٩ كان عدد المسجونين الشبان ٥٢٧٧ ، أى بنسبة ٦٢ ٪ من مجموع من دخلوا السجن ، ومن هؤلاء ١٥٠٥٠ شخصاً يتراوح سنهم بين ١٦ ، ٢٠ سنة ، والباقون يتراوح عمرهم بين ٢٢ ، ٣٠ سنة، فعدد المجرمين من الشبان أكثر من عددهم بين الرجال والمسنين ، ووجود الشبان المحكوم عليهم لأول مرة مع شبان من ذوى السوابق كفيل بأن يخلق الأولين بأخلاق الآخرين .

٣ ــ انعدام قوة الردع : إن عقوبة الحبس قد فرضت على أساس أنها عقوبة رادعة ولكن الواقع قد أثبت أنها لا فائدة منها ولا أثر لها فى نفوس المجرمين ، فالذين يعاقبون بالأشغال الشاقة وهى أقصى أنواع الحبس لا يكادون يخرجون من السجن حتى يعودوا لارتكاب الجرائم ، ولو كانت العقوبة رادعة لما عادوا لما عوقبوا عليه بهذه السرعة .

وتدل الإحصائية رقم ٤٤ من تقرير مصلحة السجون عن سنة ١٩٣٨ ــ ١٩٣٩ على أن ٤٥ ٪ من المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة عادوا إلى ارتكاب الجرائم

بعد الإفراج عنهم بمدد تتراوح بين خمسة عشر يوماً وسنة ، بل إن هـــذه الإحصائية تدل على أن ٤٣ ٪ من المحكوم عليهم بالإرسال لإصلاحية الرجال ما كادوا يخرجون من الإصلاحية حتى ارتكبوا جرائم أعادتهم إليها ، وأنهم ارتكبوا جرائمهم فى مدة تتراوح بين ٢١ يوماً وسنة من تاريخ خروجهم من الإصلاحية ، والمفروض أن عقوبة الإرسال للإصلاحية من أكثر العقوبات ردعاً وأن المجرم لا يخرج منها إلا بعد أن تتوافر الأدلة على تركه الإجرام وميله إلى الاستقامة .

وتدل الإحصائية رقم ٤٧ من تقرير مصلحة السجون المشار إليه سابقاً على أن حوالى ثلث الموجودين فى إصلاحية الرجال دخلوها للمرة الثانية والثالثة والرابعة .

ومما يدل على أثر السجن بصفة عامة فى نفوس المجرمين الإحصائية رقم ٤٦ من تقرير مصلحة السجون لسنة ١٩٣٨ - ١٩٣٩ فهى تشير إلى أن نصف من فى الإصلاحية تقريباً لهم سوابق فى الإجرام من خمس مرات إلى عشر ، وأن حوالى الثلث لهم من عشر سوابق إلى خمس عشرة سابقة ، وأن أكثر الباقين تتراوح سوابقهم بين خمس عشرة سابقة وأربعين سابقة ، فلو أن السجن يردع المجرمين حقيقة لما عاد المجرم للإجرام خمس مرات وعشر مرات وأربعين مرة .

وتدل الإحصائية رقم ٤٣ من التقرير المشار إليه سابقاً على أن الذين يعودون لإصلاحية الرجال بعد خروجهم منها يزداد عددهم باستمرار ففى سنة ١٩١٦ كانت نسبة العائدين إلى مجموع من فى الإصلاحية ٨ر١٠ ٪ وفى سنة ١٩٢٦ ارتفعت النسبة إلى ٦ ر ٢٠ ٪ وفى سنة ١٩٣٦ بلغت ٧ر٣٨ ٪ .

ومما يدل أيضاً على أن عقوبة الحبس ليس لها أثر على المجرمين ازدياد جرائم العود سنة بعد أخرى فقد وصلت هذه الجرائم إلى ٨٧٢ جناية فى سنة ١٩٣٥ - ١٩٣٦ ثم ارتفعت إلى ٩٣٩ جناية فى سنة ١٩٣٦ - ١٩٣٧ ثم بلغت ١٠٢٣ جناية فى السنة

التى تليها ، وجنايات العود هذه لا تقع إلا من المجرمين أرباب السوابق المتعددة.

٤ — قتل الشعور بالمسئولية : وعقوبة الحبس فوق أنها غير رادعة تؤدى إلى قتل الشعور بالمسئولية فى نفس المجرمين وتحبب إليهم التعطل ، فالكثير من المسجونين يقضون فى السجن مدداً طويلة نوعاً ما ينعمون فيها بالتعطل عن العمل ويكفون فيها مئونة أنفسهم من مطعم وملبس وعلاج ، والمشاهد أن هؤلاء يكرهون أن يلقى بهم خارج السجن ليواجهوا حياة العمل والكد من جديد ، وأنهم يموت فيهم كل شعور بالمسئولية نحو أسرهم بل نحو أنفسهم فلا يكادون يخرجون من السجن حتى يعملوا للعودة إليه لا حباً فى الجريمة ولا حرصاً عليها وإنما حباً فى العودة إلى السجن وحرصاً على حياة البطالة .

٥ — ازدياد سلطان المجرمين : ومن المجرمين من يغادر السجن ليعيش عالة على الجماعة يستغل جريمته السابقة لإخافة الناس وإرهابهم وابتزاز أموالهم ، ويعيش على هذا السلطان الموهوم وهذا المال المحرم دون أن يفكر فى حياة العمل الشريف والكسب الحلال .

ولقد أصبح سلطان هؤلاء المجرمين على السكان الآمنين يزاحم سلطان الحكومات بل أصبح المجرمون فى الواقع أصحاب الكلمة النافذة والأمر المطاع ومن الوقائع التى أعرفها ويعرفها غيرى أن رجال الإدارة يستعينون بالمجرمين أيام الانتخابات العامة ليوجهوا الناخبين المتمسكين بحزبيتهم وجهات معينة بعد أن يعجزوا هم عن هذا التوجيه .

وقد أدى هذا المركز الخطير الذى يحتله المجرمون إلى زيادة المجرمين الشبان الذين يتطلعون بدافع من طموحهم إلى نوال كل مركز ممتاز ، كما أدى إلى قلب الموازين والأوضاع ، فبعد أن كانت الجريمة عاراً وذلة فى القديم أصبحت اليوم مدعاة للتباهى والتفاخر ، وبعد أن كان المجرم يطرد ذليلا مهاناً أصبح اليوم عزيز الجانب مسموع الكلمة نافذ السلطان .

٦ — انخفاض المستوى الصحى والأخلاقى : وتنفيذ عقوبة الحبس يقتضى وضع عدد كبير من الرجال الأصحاء الأقوياء فى مكان واحد لمدد مختلفة يمنعون فيها من التمتع بحرياتهم ومن الاتصال بزوجاتهم ، ولما كان عدد المحبوسين يزيد عاماً بعد عام ، والمحابس لا تزيد فقد اضطر ولاة الأمور إلى حشرهم حشراً فى غرف السجون كما يحشر السردين فى علبته ، بحيث أصبحت السجون العمومية والليمانات تضم بين جدرانها عدداً يتراوح بين ثلاثة وأربعة أمثال العدد المقرر لها من الناحية الصحية[1] . أما السجون المركزية فهى عادة لا تزيد عن غرفتين صغيرتين ولا يقل العدد الذى تضمه فى المتوسط عن ستين شخصاً ، وبينما تتوفر الوسائل الصحية نوعاً ما فى السجون العمومية فإنها تنعدم تماماً فى السجون المركزية فلا يوجد فى كل السجون المركزية بالقطر المصرى فراش للمساجين الذين يقضون مدة حبسهم جلوساً أو نياماً على الأسفلت ، كما أن الأغطية فى هذه السجون تكاد تكون منعدمة .

وقد أدى ازدحام السجون وعدم توفر الوسائل الصحية بها وحرمان المسجونين من الاتصال بزوجاتهم إلى انتشار الأمراض السرية والجلدية والصدرية وغيرها من الأمراض الخطيرة بين المسجونين ، وتدل إحصائيات سنة ١٩٣٩[2] وهى خاصة بالسجون العمومية والليمانات على أن ٣٩٩٣ مسجوناً أصيبوا بنزلات شعبية ، ٣٦٩ بالتدرن الرئوى وأدران أخرى ، ٤٢٢ بالسيلان ، ١١٦٠ بالزهرى و ٤١٢٨ بالجرب ، ١٥٣٤ بالقراع ، ٥٣٣٣ بأمراض جلدية أخرى ، ٢١٩ بقمل العانة ، ٨٦١٨ بخراجات ودمامل ، ٩٢٦ بالروماتزم ، بل لقد بلغت حالة الإصابات والأمراض بين المسجونين ٧٤٠٠٠ حالة فى سنة ١٩٣٩ وفى عدد هذه الحالات الضخم وفى أنواع الأمراض التى بيناها ما يقطع بانخفاض المستوى الصحى والأخلاقى بين المسجونين .

(١) الإحصائية رقم ١ من تقرير مصلحة السجون لسنة ١٩٣٨ — ١٩٣٩ .
(٢) الإحصائية رقم ٢٠ من تقرير مصلحة السجون لسنة ١٩٣٨ — ١٩٣٩ .

فالسجون إذن أداة لنشر الأمراض بين المسجونين ولإفساد أخلاقهم وتضييع رجولتهم ، ولا يقتصر شر السجون على هذا، بل إنها تؤدى إلى فساد الأخلاق فى خارجها ؛ لأن وضع الرجال فى السجون معناه تعريض زوجات هؤلاء الرجال و بناتهم وأخواتهم إلى الحاجة وإلى الفتنة ووضعهن وجها لوجه أمام الشيطان .

٧ — ازدياد الجرائم :ـ وقد وضعت عقوبة الحبس على اختلاف أنواعها لمحاربة الجريمة ، ولكن الإحصائيات التى لا تكذب تدل على أن الجرائم تزداد عاما بعد عام زيادة تسترعى النظر وتبعث على التفكير الطويل ، فقد كان عدد الجنايات فى سنة ١٩٠٦ لا يزيد على ٣٥٨٦ جناية فإذا به فى سنة ١٩١٢ يبلغ ٤٠٠٨ جناية ثم يصل فى سنة ١٩١٨ ـ ١٩١٩ إلى ٦٧٧٩ جناية وفى سنة ١٩٢٦ ـ ١٩٢٧ إلى ٨٠١٢ جناية . وفى سنة ١٩٣٨ـ١٩٣٩ إلى ٩٢٨٦ جناية . أما الجنح فكان عددها فى سنة ١٩٠٦ لا يزيد على ٣٢٨١٠ وفى سنة ١٩١٢ أصبح ٩٣٧٤٣ وفى سنة ١٩٢٦ ـ ١٩٢٧ بلغ عددها ١٦٧٦٧٧ جنحة وفى سنة ١٩٣٨ ـ ١٩٣٩ بلغ عدد الجنح ٣٨٢٨٢٨، وهكذا فى ظرف اثنين وثلاثين عاما بلغ عدد الجنايات ثلاثة أمثال ما كان عليه وبلغ عدد الجنح أكثر من أحد عشر مثلا .

وقد يقال : إن عدد الجنح لا يمثل الزيادة الحقيقية ؛ لأن الجنح المعاقب عليها يزيد عاما بعد عام فتزداد تبعاً لذلك فى مجموعها ، وهو قول صحيح إلى حد ما ، فلنترك العدد العام للجنح ولنأخذ جريمة السرقة مقياسا فهى أحرى أن تصل بنا إلى نسبة الزيادة الصحيحة، ففى سنة ١٨٩١ كان عدد جنح السرقة ٩٣٥٦ وفى سنة ١٩٠١ بلغ عدد الجنح ١٥٩٩٣ جنحة وفى سنة ١٩١٢ بلغ ٢٣٨٣٤ جنحة وفى سنة ١٩١٦ كان ٤٤١١٠ جنحة وفى سنة ١٩٢٦ بلغ ٥٤٣٢٦ جنحة وفى سنة ١٩٣٩ بلغ ٦٥٥٨٧ جنحة ومعنى هذا أن عدد جنح السرقة زاد فى ثمانية وأربعين عاما سبعة أمثال ما كان عليه ، وهى نسبة لا تبررها زيادة السكان ولا يقوم لها أى عذر مهما اختلفت المعاذير ، فالسكان لم يتضاعف عددهم مرة واحدة

فكيف تتضاعف الجنح سبع مرات والجنايات ثلاث مرات؟ والحالة الاقتصادية مهما قيل فيها لا تكون سبباً فى ازدياد الجرائم ما دامت العقوبة رادعة ، وليس أدل على صحة هذا القول من الحالة فى المملكة الحجازية ، فلا شك أن الحالة الاقتصادية والاجتماعية فى مصر أفضل منها فى الحجاز ، ومع ذلك فقد قلت الجرائم فى الحجاز وازدادت فى مصر وانتشر الأمن هناك واختل هنا . ولقد كان الحجاز فى يوم ما مضرب الأمثال فى اختلال الأمن والنظام والجرأة على ارتكاب الجرائم وترويع الآمنين والحجاج المسافرين وقطع الطريق عليهم لنهب مالهم ومتاعهم ، ولعل الحالة الاقتصادية والاجتماعية فى الحجاز الآن ليست خيراً منها يوم كان الفساد مستشرياً فى الحجاز ، والفرق بين الحجاز قديماً وحديثاً هو نفس الفرق بين مصر والحجاز اليوم ، هو وجود العقوبة الرادعة فى الحجاز الآن وانعدامها قديما وهو انعدام هذه العقوبة فى مصر اليوم ، فهذه العقوبة الرادعة هى التى وطدت الأمن فى الحجاز وقضت على السلب والنهب وقطع الطريق وجعلت الأمن فيه مضرب الأمثال ، فلا يسقط من مسافر شىء إلا وجده فى دار الشرطة ولا يضيع لأحد شىء إلا رد إليه حيث كان ولو لم يبلغ بضياعه ما دام مع المال ما يدل على اسم صاحبه .

فمن الخطأ إذن بعد قيام هذا المثل العملى أن نحتج لزيادة الجرائم بالحالة الاجتماعية والاقتصادية أو بازدياد السكان ؛ لأن الجريمة مرض علاجه العقوبة فإذا نجح أولوا الأمر فى وصف العلاج الذى يوافق المرض انتهى المرض أو سكنت حدته على أقل الفروض ، وإن لم يوفق أولو الأمر فى وصف العلاج الناجع طال المرض وأعضل وعانى منه المجتمع أشد المعاناة .

٥٠٦ - كيف نتخلص من عيوب الأنظمة الوضعية : - تبينا فيما سبق النتائج السيئة للعقوبات التى فرضتها علينا الأنظمة الوضعية ، فإذا هى تضييع للأموال والجهود وإفساد للنفوس والأخلاق والصحة ، وليس بعد ذلك

إلا ازدياد الجرائم وجرأة المجرمين ، والإخلال بالأمن وتوهين النظام ، وذهاب هيبة الحكومة وسطوتها وفرض سلطان الأشقياء والمجرمين على السكان الآمنين ولا خلاص من هذه النتائج المحزنة إلا بالتخلص من النظام كله ، وإن فى بعض هذه النتائج ما يكفى وحده لإلغاء هذا النظام . وإذا كان الناس لا يلغون أنظمتهم بسهولة ولو تيقنوا من فسادها إلا إذا وجدوا خيراً منها ، فإن لدينا نظاما هو خير الأنظمة التى عرفها البشر وأقدرها على حماية الجماعة ومكافحة الجريمة وإصلاح المجرم ، ذلك هو النظام الإسلامى الذى أثبتت التجربة نجاحه فى كفاح الجريمة والقضاء على الإجرام .

وليست ميزة النظام الإسلامى الوحيدة فى أن التجربة أثبتت نجاحه وصلاحيته ، ولكنه يمتاز أيضاً بأن الأسس التى يقوم عليها كفيلة بأن تقضى على العيوب التى تصحب العقوبات الوضعية ، كما هى كفيلة بأن توفر على العالم المجهودات العظيمة التى تبذل لتخفيف أضرار هذه العقوبات والأموال الكثيرة التى تنفق فى سبيل تنفيذها .

وأول عيوب النظام الوضعى أنه يؤدى إلى تعطيل العقوبات الأصلية وتخفيفها ، وفى الشريعة ما يحول دون ذلك فى الجرائم الخطيرة التى تمس كيان الجماعة ، حيث تفرض الشريعة لهذه الجرائم عقوبات مقدرة معينة ليس للقاضى أن ينقص منها شيئاً أو يستبدل بها غيرها مهما كانت ظروف الجانى ؛ لأن مصلحة الجماعة فى هذه الجرائم الخطيرة توضع فوق كل مصلحة وتتغلب على كل اعتبار ، أما الجرائم التى لا تمس كيان الجماعة فيجوز للقاضى فيها أن ينظر إلى شخصية الجانى ولو أدى ذلك لتخفيف العقاب مادام يؤدى إلى إصلاح الجانى فى الوقت نفسه[١] .

والعيب الثانى للنظام الوضعى أنه يفرض فى معظم الجرائم عقوبات لا تتنوع هى الحبس الذى يختلف شدة وضعفاً بحسب نوع الحبس ، والذى يؤدى تنفيذه

---

(١) راجع الفقرتين ٥١ ، ٤٤٠ .

إلى وضع عدد كبير من الرجال الأصحاء القادرين على العمل فى المحبس والإنفاق عليهم دون أن يؤدوا عملا مجديا فتخسر الامة من وجهين : تخسر المال الذى تنفقه على المحبوسين ، وتخسر ما كان يمكن أن ينتجه هؤلاء لو لم يوضعوا فى المحابس ، ولكن هذه الخسائر تنتفى لو نفذ النظام الإسلامى ؛ لأن الشريعة لا تعرف الحبس فى جرائم الحدود والقصاص ، وهى كما بينا تبلغ ثلثى[1] الجرائم عادة . كما أن الشريعة تفضل فى التعازير عقوبة الجلد على عقوبة الحبس ، ولا تفضل عقوبة الحبس إلا إذا كان حبساً غير محدود المدة حيث يبقى المجرم بعيداً عن الجماعة مكفوفاً شره وأذاه حتى يموت ، ولا يحكم بهذا النوع من الحبس إلا فى الجرائم الخطيرة أو على المجرمين العائدين . وإذا فرض أن عقوبة الجلد تطبق فى نصف الجرائم الباقية كان الباقى الأخير من الجرائم حوالى ١٥ ٪ من مجموع الجرائم يقسم بين عقوبات الحبس والغرامة والتغريب وغير ذلك من عقوبات التعازير المتعددة . والمفروض أن الجرائم التى يجلد فيها هى جرائم التعازير الخطيرة فالجرائم التى تبقى أخيراً ليعاقب عليها بغير الجلد والحبس غير المحدد المدة هى جرائم تافهة فى الغالب يكفى فى عقابها النصح والتوبيخ والغرامة ، والحبس مع إيقاف التنفيذ فتكون النتيجة أن لا يحبس فعلا إلا فى حوالى ٥ ٪ من مجموع الجرائم وهذه نتيجة لا يمكن الوصول إليها إلا بتطبيق نظرية الشريعة الإسلامية فى العقاب .

وإذا قلت الجرائم التى يحكم فيها بالحبس إلى هذا الحد فقد أصبح عدد المحبوسين قليلا جداً ، وبذلك تنحل مشكلة اختلاط المسجونين وما ينشأ عنها من فساد الأخلاق والصحة ونشر وسائل الإجرام ، كما تقل جرائم العود التى لا يشجع عليها إلا وجود المحابس والاستخفاف بعقوبة الحبس .

وإذا علمنا أن الجرائم القليلة التى يحكم فيها بالحبس حبسا محدد المدة هى

(١) راجع الفقرة ٤٩٤ .

جرائم تافهة من مجرمين غير خطرين تأكد لدينا أن الحبس فى هذه الجرائم سيكون لمدد قليلة ولن يؤدى إلى نشر عدوى الإجرام ولا إلى فساد الأخلاق ، وحتى إذا وجدت هذه المساوىء فلن يكون لها أثر خطير على المجرمين وعلى الأمن العام لقلة عدد المسجونين وقلة خطورتهم ؛ ولأن المجرم لا يضمن أن يعاقب مرة ثانية بعقوبة الحبس . أما المجرمون الخطرون فهؤلاء تقضى عليهم الشريعة بالحبس غير المحدد المدة مهما كان نوع الجريمة المنسوب إليهم ؛ لأن ارتكاب الجانى لأية جريمة مهما كانت بسيطة معناه أنه لا يزال على استعداد للاجرام وأن العقوبات السابقة لم تردعه .

ومن عيوب عقوبة الحبس فى القوانين الوضعية أنها تقتل الشعور بالمسئولية فى نفس المجرم وتحبب إليه التعطل وتزين له أن يعيش عالة على الناس يبتز أموالهم بالتهديد والتخويف . وفى عقوبات الشريعة علاج هذا كله ، بل إن علاجه فى عقوبة الجلد وحدها إذ الجلد يحط من قدر المجرم فى عين نفسه فلا يعود لجريمته ، كما يحط من قدره فى عيون الناس فلا يهابونه ولا يخافون سلطانه ولا يكبر المجرم فى عيونهم حتى يزاحم بسلطانه سلطان الحكومات .

ولو أننا تتبعنا ما ذكرناه من عيوب العقوبات الوضعية عيباً عيبا لوجدنا لكل عيب علاجه الناجع فى تطبيق عقوبات الشريعة الإسلامية وتطبيق نظريتها فى العقاب .

هذه هى العقوبات الوضعية وهذا هو أثرها فى إفساد الأخلاق والأمن والنظام ، وتلك هى عقوبات الشريعة الإسلامية وذاك هو أثرها فى إصلاح ما أفسدته القوانين الوضعية ، ولن تجد بعد ذلك من يستطيع أن يفضل القانون الوضعى على الشريعة الإسلامية ؛ فإن وجدته فاذكر قوله تعالى : ﴿ فإنها لا تعمى الأبصار ولكن تعمى القلوب التى فى الصدور ﴾ .

الباب الثالث

تعـدد العقـوبات

٥٠٧ — تعدد العقوبات وتعدد الجرائم: تتعدد العقوبات كلما تعددت الجرائم . وتتعدد الجرائم كلما ارتـكب شخص جرائم متعددة قبل الحـكم عليه نهائياً فى واحدة منها وهذا هو المعنى الفنى للتعدد .

وتعدد الجرائم إما صورى وإما حقيقى ، فهو صورى إذا ارتـكب الجانى فعلا واحداً يدخل تحته صور شرعية مختلفة ، ويحدث ذلك كلما انطبق على الفعل أكثر من نص واحد كضرب الموظف أثناء تأدية وظيفته فالفعل يمـكن أن يكون ضرباً ويمـكن أن يكون مقاومة وتعدياً . أما التعدد الحقيقى فيوجد كلما تعددت أفعال الجانى بحيث يكون كل واحد منها جريمة مستقلة .

الفرق بين تعدد العقوبات وبين العود : ويختلف تعدد العقوبات عن العود ففى تعدد العقوبات يرتـكب الجانى عدة جرائم قبل أن يحكم عليه فى إحداها . أما فى العود فيرتـكب الجانى جريمته الثانية بعد أن يعاقب على جريمته الأولى .

ويقضى المنطق بأن لا يعاقب المجرم فى حالة تعدد الجرائم على كل جرائمه ولو أن ارتـكابه لهذه الجرائم المتعددة يدل على ميوله الإجرامية ؛ لأنه عندما عاد لارتـكاب الجرائم لم يكن عوقب على أية جريمة سابقة وأخذ درساً عنها ، فهو يختلف من هذه الوجهة عن العائد الذى سبق عقابه وأنذر بهذا العقاب أن يسلك سلوكا مستقيما .

٥٠٨ — القوانين الوضعية والتعدد : عرفت القوانين الوضعية ثلاث طرق مختلفة فى حالة تعدد الجرائم :

الأولى : طريقة الجمع ـ ويأخذ بهذه الطريقة القانون الإنجليزى ومقتضاها أن يوقع على الجانى مجموع العقوبات المقررة لكل الجرائم التى ارتكبها .

وعيب هذه الطريقة الإفراط فى العقاب ؛ لأن الجمع بين العقوبات قد يؤدى إلى أن تبلغ العقوبة حداً مفرطاً فى الشدة ، فالحبس وهو عقوبة مؤقتة إذا تعدد أصبح عقوبة مؤبدة ، والغرامات إذا تعددت قد تؤدى إلى مصادرة تامة لأموال المحكوم عليه .

الثانية : طريقة الجب — ومعنى الجب أن تقضى العقوبة الأشد على غيرها من العقوبات ، فمقتضى هذه الطريقة أن لا يوقع على الجانى سوى أشد العقوبات المقررة للجرائم التى ارتكبها .

وعيب هذه الطريقة التهاون والتفريط ، فالشخص الذى يرتكب عشر جرائم مثلا يعاقب بعقوبة الجريمة الأشد فقط دون غيرها من العقوبات ، ومعنى هذا أن من يرتكب جريمة خطيرة يعاقب عليها بعقوبة شديدة يكون فى حل من ارتكاب الجرائم الأبسط منها طالما أنه لم يعاقب على جريمته الخطيرة .

الثالثة : الطريقة المختلطة ـ وقد عولجت عيوب الطريقتين السابقتين بهذه الطريقة الثالثة وتدعى بالمختلطة أو المتوسطة . ونعنى بالجمع بين الطريقتين الأولتين أو بتقييد إطلاقهما . فهى تجيز الجمع بين العقوبات على أن لا يتجاوز مجموعها حداً معيناً ، وتعيين الحد الأقصى للعقوبة قصد منه منع الإفراط فى العقاب ، وهى تعالج طريقة الجب بتشديد العقوبة الواحدة التى يحكم بها .

وقد جمعت أكثر التشريعات الوضعية الحديثة بين طريقة التعدد والجب مع تقييدهما .

٥٠٩ — قانون العقوبات المصرى : ويأخذ قانون العقوبات المصرى بقاعدة تعدد العقوبات حيث نصت المادة ٣٣ منه على أن العقوبات المقيدة للحرية تتعدد إلا ما استثنى بنص المادتين ٣٥ و ٣٦ . والأولى منهما تنص على أن عقوبة

الأشغال الشاقة تجب بمقدار مدتها كل عقوبة مقيدة للحرية محكوم بها لجريمة وقعت قبل الحكم بالأشغال الشاقة المذكورة . والثانية منهما تنص على أنه إذا ارتكب شخص جرائم متعددة قبل الحكم عليه من أجل واحدة منها وجب ألا تزيد مدة الأشغال الشاقة المؤقتة على عشرين سنة ولو فى حالة تعدد العقوبات ، وأن لا تزيد مدة السجن أو مدة السجن والحبس على عشرين سنة ، وأن لا تزيد مدة الحبس وحده على ست سنوات .

فالقانون المصرى يأخذ بنظرية التعدد ولكنه يقيدها من ثلاثة وجوه :

الأول : أن عقوبة الأشغال الشاقة تجب بمقدار مدتها كل عقوبة أخرى مقيدة للحرية محكوم بها لجريمة وقعت قبل الحكم بالأشغال الشاقة ، فمن كان محكوماً عليه بالسجن عشر سنوات ثم حكم عليه بالأشغال الشاقة لمدة خمس سنوات نفذت عليه عقوبة الأشغال الشاقة ونفذ عليه من عقوبة السجن خمس سنوات فقط ، ومعنى هذا أن القانون المصرى يأخذ بطريقة الجب ولكنه لا يأخذ بها على إطلاقها .

الثانى : أن لا يزيد الحد الأعلى مهما تعددت العقوبات على عشرين سنة إذا كانت العقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة ، وأن لا تزيد مدة السجن أو مدة السجن والحبس معاً على عشرين سنة ، وأن لا تزيد مدة الحبس على ست سنوات ، ومعنى هذا أن القانون المصرى يأخذ بطريقة الجمع بين العقوبات ولكنه لا يأخذ بها على إطلاقها .

الثالث : فى حالة التعدد الصورى تطبق عقوبة الصورة القانونية الأشد ، وفى حالة التعدد الحقيقى تطبق العقوبة الأشد أيضاً بشرط أن تكون الجرائم ارتكبت لغرض واحد ، وأن تكون مرتبطة ارتباطاً لا يقبل التجزئة كما تنص على ذلك المادة ٣٢ عقوبات ، وهذا قيد على طريقة الجمع .

ويلاحظ أن القوانين الوضعية لم تقيد نظرية تعدد العقوبات على الوجه السابق إلا فى القرن الماضى ، أما قبل ذلك فكانت العقوبات تتعدد بصفة مطلقة دون أى قيد .

٥١٠ — الشريعة والتعدد : — عرفت الشريعة من يوم وجودها نظرية تعدد العقوبات ولكنها لم تأخذ بها على إطلاقها ، وإنما قيدتها بنظريتين أخريين الأولى : هى نظرية التداخل ، والثانية : هى نظرية الجب .

نظرية التداخل : معنى التداخل هو أن الجرائم فى حالة التعدد تتداخل عقوباتها بعضها فى بعض بحيث يعاقب على جميع الجرائم بعقوبة واحدة ، ولا ينفذ على الجانى إلا عقوبة واحدة كما لو كان قد ارتكب جريمة واحدة[1] . وتقوم نظرية التداخل على مبدأين : —

أولهما : أن الجرائم إذا تعددت وكانت من نوع واحد كسرقات متعددة أو زنا متعدد أو قذف متعدد فإن العقوبات تتداخل ويجزىء عنها جميعاً عقوبة واحدة ، فإذا ارتكب الجانى جريمة أخرى من نفس النوع بعد إقامة العقوبة عليه وجبت عليه عقوبة أخرى .

والعبرة بتنفيذ العقوبة لا بالحكم بها . فكل جريمة وقعت قبل تنفيذ العقوبة تتداخل عقوبتها مع العقوبة التى لم يتم تنفيذها بعد .

وتعتبر الجرائم على الرأى الراجح من نوع واحد ما دام موضوعها واحدا ولو اختلفت أركانها وعقوباتها . كالسرقة العادية والحرابة فكلاهما سرقة وإن اختلفت أركانهما وعقوباتهما ، وكالزنا من محصن والزنا من غير محصن فكلاهما زنا ، وفى مثل هذه الحالات تكون العقوبة الأشد هى الواجبة .

تعليل هذا المبدأ : وأساس هذا المبدأ أن العقوبة شرعت بقصد التأديب والزجر ، وأن عقوبة واحدة تكفى لتحقيق هذين المعنيين فلا حاجة إذن لتعدد العقوبات ما دام المفروض أن عقوبة واحدة تكفى لإحداث أثرها وتمنع المجرم من ارتكاب الجريمة مرة أخرى ، وإذا كان من المحتمل عقلا أن يعود المجرم

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٨ — شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٨ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٧ — المغنى ج ١٠ ص ١٩٧ .

لارتكاب الجريمة فإن هذا الاحتمال وحده لا يكفى مادام لم يثبت قطعاً أن العقوبة لم تردعه ، فإذا ثبت هذا بأن ارتكب جريمة فعوقب عليها ثم عادلها بعد ذلك فقد وجب أن يعاقب على جريمته الأخيرة ؛ لأنه قد تبين على وجه اليقين أن العقوبة الأولى لم تكن زاجرة ولا رادعة للجانى .

ثانيهما : أن الجرائم إذا تعددت وكانت من أنواع مختلفة فإن العقوبات تتداخل ويجزىء عن الجرائم جميعاً عقوبة واحدة بشرط أن تكون العقوبات المقررة لهذه الجرائم قد وضعت لحماية مصلحة واحدة أى : لتحقيق غرض واحد فمن أهان موظفا وقاومه وتعدى عليه عوقب بعقوبة واحدة على هذه الجرائم الثلاث التى وضعت عقوباتها لغرض واحد هو حماية الموظف والوظيفة ، ومن تناول ميتة ودما ولحم خنزير عوقب على هذه الجرائم الثلاث بعقوبة واحدة؛لأن عقوباتها جميعاً وضعت لغرض واحد هو حماية صحة الفرد والجماعة .

والعبرة فى التداخل بتنفيذ العقوبة لا بالحكم بها فكل جريمة وقعت قبل تنفيذ العقوبة تتداخل عقوبتها مع العقوبة التى لم يتم تنفيذها .

ويرون فى مذهب مالك أن عقوبة الشرب وعقوبة القذف يتداخلان فلا يعاقب على الجريمتين عند التعدد إلا بعقوبةواحدة ، وحجتهم فى ذلك أن الغرض من العقوبتين واحد ؛ لأن من شرب هذى ومن هذى افترى فعقوبة الشرب وضعت إذن لمنع الافتراء ، ولكن المذاهب الأخرى تخالف مذهب مالك فى هذا المثل بالذات ؛ لأن عقوبة القذف قصد بها حماية الأعراض وعقوبة الشرب قصد بها حماية العقول فكلاهما وضعت لغرض يخالف الغرض الذى وضعت له الأخرى .

ويرى بعض المالكية أن التداخل بين عقوبة الشرب وعقوبة القذف يرجع إلى اتحاد مقدارهما ، وهؤلاء يجعلون أساس التداخل اتحاد الموجب وليس اتحاد الغرض من العقوبة ولكن ليس لهذا الرأى صدى فى المذاهب الأخرى[1] .

---

(١) شرح الزرقانى جـ ٨ ص ١٠٨ .

أما إذا كانت الجرائم المتعددة من أنواع مختلفة ولم يجمع بين عقوباتها غرض واحد كأن ارتكب الجانى سرقة فى المرة الأولى ثم زنا فى الثانية وقذف فى الثالثة فإن العقوبات لا تتداخل فى هذه الحالة و إنما تتعدد بتعدد الجرائم المختلفة .

نظرية الجب : معنى الجب فى الشريعة هو الاكتفاء بتنفيذ العقوبة التى يمتنع مع تنفيذها تنفيذ العقوبات الأخرى ، ولا ينطبق هذا المعنى إلا على عقوبة القتل فإن تنفيذها يمنع بالضرورة من تنفيذ غيرها ، ومن ثم فهى العقوبة الوحيدة التى تجب ما عداها .

ولم يتفق الفقهاء على تقرير نظرية الجب ، فمالك وأبو حنيفة وأحمد يقررونها ولكن الشافعي ينكرها ، والذين اعترفوا بها يختلفون فى مدى تطبيقها .

فمالك يرى أن كل حد اجتمع مع القتل لله أو قصاص لأحد من الناس فإنه لا يقام مع القتل ، والقتل يجب جميع ذلك إلا الفرية (أى القذف) فإن حد الفرية يقام عليه ثم يقتل ، ولا يقام عليه مع القتل غير حد الفرية وحدها لئلا يقال لصاحبه مالك لم يضرب لك فلان حد الفرية[١] .

و يرى أحمد أنه إذ اجتمعت حدود الله تعالى وفيها قتل مثل أن سرق وزنا وهو محصن وشرب وقتل فى المحاربة استوفى القتل وسقط سائرها . فإذا اجتمعت مع الحدود حقوق الآدميين وفيها قتل استوفى حق الآدمى ودخلت حدود الله فى القتل سواء كان القتل حدا أو قصاصا ، فمن قطع إصبع شخص وقذفه ثم شرب وسرق وزنا وقتل آخر فإن إصبعه تقطع قصاصا ثم يحد للقذف ثم يقتل و يسقط ما عدا ذلك[٢] .

والأصل عند أبى حنيفة إذا اجتمعت الحدود أن يقدم حق العبد فى الاستيفاء على حق الله عز وجل أى على حق الجماعة لحاجة العبد إلا الانتفاع بحقه ، فإذا

(١) المدونة ج ١٦ ص ١٢ .

(٢) الإقناع ج ٤ ص ٢٤٨ وما بعدها .

لم يمكن استيفاء حقوق الله بعد ذلك تسقط ضرورة ، أما إذا أمكن استيفاؤها فإن كان فى إقامة شىء منها إسقاط البواقى يقام ذلك المسقط درءا للبواقى لقوله عليه الصلاةوالسلام : « ادرأوا الحدود ما استطعتم » فإذا قتل شخص آخر وزنا وهو غير محصن وشرب خمراً قتل قصاصاً وسقط حد الزنا والشرب ؛ وإن زنا وهو محصن وقذف وسرق وشرب يبدأ بحد القذف ؛ لأنه متعلق بحق آدمى ثم يرجم و يسقط ما عدا ذلك من الحدود ، و إذا اجتمع مع هذه الحدود قصاص فى النفس بدىء بالقذف ثم قتل قصاصا ويدرأ ما سوى ذلك إلا أن المحكوم عليه يضمن فى ماله السرقة فى الحالين[1] ، ورأى أبى حنيفة كما هو ظاهر يتفق مع رأى أحمد .

أما الشافعى فلا يعترف كما قلنا بنظرية الجب ، ويرى أن تنفذ العقوبات كلها واحدة بعد أخرى مالم يتداخل بعضها فى الآخر ، على أن يبدأ أولا بحق الآدميين فيما ليس فيه قتل ، ثم بحق الله أى بحق الجماعة فيما لا نفس فيه أى لا قتل فيه ثم يجىء القتل من بعد ذلك ، فإذا اجتمعت مثلا على رجل حدود : حد بكر فى الزنا ، وحد فى القذف ، وحد فى سرقة ، وحد فى قطع طريق يقطع فيه أو يقتل ، وقصاص فى قتل رجل ، فيحد أولا فى القذف ، ثم يحبس حتى يبرأ فيحد فى الزنا ، ثم يحبس حتى يبرأ ثم تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى للسرقة وقطع الطريق ، ثم يقتل بعد ذلك ، فإذا مات فى أحد الحدود سقطت بموته الحدود التى لله عز وجل و بقيت فى ماله حقوق الآدميين كالدية والمال المسروق وهكذا يؤخر الشافعى القتل لأنه لا يسلم بنظرية الجب[2] .

و يرى بعض الشافعية أن الجانى لو سرق سرقة عادية ثم قطع الطريق لم يقطع

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٨ ـ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٢ .

(٢) المهذب ج ٢ ص ٣٠٥ .

للسرقة العادية وقتل لقطع الطريق ، وأنه إذا زنا قبل أن يحصن فجلد ثم زنا ثانية قبل أن يغرب كفاه تغريب واحد ، وأنه إذا زنا غير محصن ثم زنا بعد إحصانه وقبل تنفيذ عقوبة الجلد دخل الجلد فى الرجم ، وأساس امتناع القطع والتغريب والجلد ليس الجب وإنما أساسه تطبيق نظرية التداخل ، فالسرقة العادية من نوع قطع الطريق وإن كانت أقل درجة حتى ليسمى قطع الطريق بالسرقة الكبرى والسرقة العادية بالسرقة الصغرى ، والتغريب عقوبة للزنا فإذا لم ينفذ فى الزنا الأول أجزأ تغريب واحد عن الزنا مرتين ، والجلد عقوبة الزانى غير المحصن فإذا زنا قبل أن يجلد أجزأه عقاب واحد هو عقاب الزانى المحصن[1] .

٥١١ — مقارنة بين الشريعة والقانون : ـ أساس القيود الموضوعة لنظرية التعدد فى الشريعة هو نفس الأساس الذى تقوم عليه هذه القيود فى القوانين الوضعية ، فكلاهما يرى أن الجانى كان معذورا عندما ارتكب جريمته الثانية لأنه لم يكن عوقب على الأولى ، وكلاهما يرى أن تعدد العقوبات دون قيد يؤدى إلى نتائج يأباها العقل ومنطق التشريع .

وبالرغم من هذا الاتفاق بين الشريعة والقانون فإن الشريعة جاءت أدق منطقا من القوانين الوضعية فى تطبيق نظرية التعدد وتقييد هذه النظرية ، ونجد هذه الدقة متمثلة فى تطبيق نظرية التداخل حيث لم تطبقها الشريعة على إطلاقها بل طبقتها فقط فى حالة الجريمة الواحدة إذا تكرر وقوعها ، وفى الجرائم المختلفة التى يجمع بين عقوباتها غرض واحد ، ولم تطبقها فيما عدا ذلك من الجرائم ، وعلة هذا أن لكل جريمة عقوبتها فإذا ارتكب الجانى جريمة وتكرر منه ارتكاب نفس الجريمة قبل أن يعاقب على ما ارتكبه سابقا فمن المعقول أن يعتذر للجانى بأنه لم يعاقب على جريمته الأولى فلا معنى لتعدد العقوبة ، أما إذا ارتكب الجانى جرائم مختلفة فإن عدم عقابه على إحداها لا يقوم له عذرا فى ارتكاب الجريمة الثانية ؛ لأن

---

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٧ .

كل جريمة محرمة لذاتها ولها عقوبة خاصة ، وعقوبة الجريمة الواحدة لم توضع لمنع الجانى عن كل الجرائم وإنما وضعت لمنعه عن ارتكاب جريمة بالذات ، وقد روعى فى وضع كل عقوبة اعتبارات خاصة لا تتوفر فى غيرها ، فروعى مثلا فى تقرير عقوبة السرقة اعتبارات خاصة لمنع الجانى من السرقة ، وروعى فى عقوبتى الجلد والرجم اعتبارات خاصة لمنع الجانى من مقارفة الزنا وهكذا ، ومن ثم كانت عقوبة القذف لا تصلح عقوبة للسرقة ولا تجدى فى الردع عنها ، وكانت عقوبة السرقة لا تصلح عقوبة للقتل ولا تفيد فى منع هذه الجريمة وكان الواجب نتيجة لهذا المنطق أن تتعدد العقوبة فى الجرائم المختلفة وأن يعاقب الجانى على كل نوع منها بعقوبته الخاصة .

أما القوانين الوضعية فتخالف الشريعة فى هذه النقطة وتجعل عدم العقاب فى جريمة ما عذرا للجانى فى ارتكاب أية جريمة أخرى سواء كانت الجريمتان من نوع واحد أو من نوعين مختلفين .

ونظرية التداخل فى الشريعة أوسع مدى منها فى القانون الوضعى ؛ لأن القانون لا يعرف التداخل إلا فى حالة واحدة فقط هى ارتكاب الجانى عدة جرائم لغرض واحد وبشرط أن تكون هذه الجرائم مرتبطة ارتباطا لا يقبل التجزئة والشراح يصفون هذه الحالة بأنها جب على أساس أن العقوبة الأشد هى التى توقع ، ولكن الوصف الصحيح لها أنها تداخل ؛ لأن كل الجرائم يعاقب عليها بعقوبة واحدة ، والأصل أن الجب يكون بعد الحكم بالعقوبة ، أما التداخل فيكون قبل الحكم بها وبعده ، وحالة التداخل التى يسلم بها القانون تشبه إلى حد كبير المبدأ الثانى للتداخل فى الشريعة .

وإذا كانت القوانين الوضعية قد أخذت بنظرية التداخل على الوجه السابق فإنها تخالف الشريعة فى الأساس الذى بنى عليه التداخل ، فالقانون الوضعى يجعل أساس التداخل أن يرتكب الجانى جرائمه لغرض واحد ، وأن تكون الجرائم مرتبطة ارتباطا لا يقبل التجزئة ، أما الشريعة فتجعل أساس التداخل فى هذه الحالة

أن تكون عقوبات الجرائم وضعت لغرض واحد ، وهذا الفرق يمثل الروح التى تسيطر على كل تشريع ، فالقانون يجعل نظرية التداخل خاضعة للغرض الذى يتوخاه الجانى من الجريمة ، أما الشريعة فتجعل نظرية التداخل خاضعة للغرض الذى توخاه الشارع من التشريع ، وهكذا نجد القانون الوضعى مضطرب المنطق متناقض الاتجاهات بينما نجد الشريعة سليمة المنطق موحدة الاتجاهات .

ومن أوجه الخلاف بين الشريعة والقوانين الوضعية فى هذا الباب أن القوانين جعلت حداً أعلى للعقوبات لا يصح أن تتعداه بحال مهما تعددت ، ولم تضع الشريعة مثل هذه القاعدة ، والضرورة وحدها هى التى أوجدت هذا القيد فى القوانين الوضعية ؛ لأن العقوبة الأساسية فى القوانين هى الحبس بأنواعه المختلفة من حبس بسيط إلى حبس مع الشغل إلى سجن إلى أشغال شاقة مؤقتة ومؤبدة ، فلو لم يوضع حد أعلى لمدة العقوبة فى حالة التعدد لاستحالت العقوبات المؤقتة عند التعدد إلى عقوبات مؤبدة وانتهى عمر المحكوم عليه قبل أن تنتهى العقوبة ، أما فى الشريعة الإسلامية فالعقوبات الأساسية هى القطع والجلد وهى عقوبات مؤقتة بطبيعتها ومهما تعددت فلن تستحيل إلى عقوبات أبدية ، ومن ثم لم يكن هناك ما يدعو لوضع حد أعلى للعقوبات عند التعدد .

وإذا كانت الشريعة قد قررت عقوبة الحبس المؤقت فى بعض الجرائم باعتبارها عقوبة تعزيرية فإنها مع هذا لم تكن فى حاجة لوضع حد أقصى لعقوبة الحبس بعد أن قررت نظرية التداخل ، إذ المجرم يتخصص عادة فى ارتكاب جرائمه فلا يرتكب إلا جريمة واحدة أو جرائم متماثلة ، فإذا ارتكب جريمة واحدة عدة مرات فهو لا يعاقب عنها إلا عقوبة واحدة طبقاً لنظرية التداخل ، وإذا ارتكب جرائم متماثلة فلا يمكن أن تزيد هذه الجرائم عن ثلاث أو أربع فإذا عوقب عن كل واحدة منها بعقوبة خاصة فإن هذه العقوبات لا يشترط أن تكون جميعاً الحبس ، وإذا فرض أنه حكم فيها بالحبس فإن مجموع العقوبات لن يصل إلى

حد غير معقول خصوصا إذا راعينا أن بعض الفقهاء يرون أن لا يصل الحد الأعلى لعقوبة الحبس إلى سنة كاملة أو أن أولى الأمر يجعلون الحد الأعلى لعقوبة الحبس ثلاث سنوات غالبا، وفضلا عن هذا فإن القاعدة الثانية من نظرية التداخل تعمل غالبا فى هذه الحالة فتنزل بالعقوبة ؛ لأن الجرائم المتماثلة توضع عقوباتها غالبا لحماية هدف واحد، و إذا كانت العقوبات موضوعة لغرض واحد تداخلت عقوبات الجرائم المتعددة.

و إذا كانت الشريعة تتفق مع القانون فى تقرير نظرية الجب فإنهما يختلفان فى مدى تطبيقها. ففى الشريعة لا تطبق نظرية الجب إلا إذا اجتمعت عقوبة القتل مع عقوبات أخرى على التفصيل الذى سبق ذكره، أما فى القانون فتطبق نظرية الجب فى هذه الحالة وفى حالة اجتماع عقوبة الأشغال الشاقة مع عقوبة أخرى مقيدة للحرية حيث تجب عقوبة الأشغال الشاقة بمقدار مدتها كل عقوبة أخرى مقيدة للحرية، ولم تكن الشريعة فى حاجة لتقرير هذه الحالة الأخيرة ؛ لأن عقوبة الحبس كما قلنا ليست عقوبة أساسية فى الشريعة من ناحية، ولأن مددها قصيرة من ناحية أخرى، ولأنه لا يمكن من وجه ثالث أن تستحيل إلى عقوبة مؤبدة للأسباب التى بسطناها سابقا، ولأن الشريعة فضلا عن ذلك كله لم تنوع الحبس أنواعا متعددة مختلفة فالحبس فيها كله من نوع واحد ودرجة واحدة مادام محدد المدة.

و إذا كانت الشريعة قد قررت نظرية الحبس غير المحدد المدة فإنها قد أخذت بها على إطلاقها وعلقت إخلاء سبيل المحكوم عليه على انصلاح حاله وتوبته توبة نصوحا، فلم يكن هناك داع لتحديد مدة قصوى للحبس ؛ لأن الإفراج يتم بالتوبة وصلاح حال المحكوم عليه لا بمضى مدة معينة عليه فى الحبس، ويستوى بعد ذلك أن يتوب فيخلى سبيله أو يظل فى محبسه حتى يموت ؛ لأن الغرض من حبسه هو كف شره عن الجماعة فإذا انكف شره بالتوبة أخلى سبيله، وإذا لم يتب فالحبس يكف شره حتى يأتيه الموت.

الباب الرابع

استيفاء العقوبات

٥١٢ - من له حق الاستيفاء : الأصل فى الشريعة أن الجرائم تنقسم من حيث استيفاء عقوباتها إلى ثلاثة أقسام : جرائم الحدود ، وجرائم القصاص والدية ، وجرائم التعازير وأن من نسب إليه أية جريمة من هذه الأنواع حوكم عليها ، فإن ثبت عليه أنه أتاها حكم عليه بالعقوبة المقررة لها ، وإن لم يثبت عليه إتيانها حكم ببراءته مما نسب إليه ، فإذا حكم عليه بالعقوبة استوفاها ولى الأمر إن كانت الجريمة من جرائم الحدود أو التعازير ، أما إن كانت من جرائم القصاص فيجوز للمجنى عليه أو وليه استيفاء عقوبة القصاص إذا توفرت شروط معينة وفيما يلى تفصيل ذلك كله .

٥١٣ - الاستيفاء فى جرائم الحدود : من المتفق عليه بين الفقهاء أنه لا يجوز أن يقيم الحد أى : العقوبات المقررة لجرائم الحدود إلا الإمام أو نائبه ؛ لأن الحد حق الله تعالى ومشروع لصالح الجماعة فوجب تفويضه إلى نائب الجماعة وهو الإمام ، ولأن الحد يفتقر إلى الاجتهاد ولا يؤمن فى استيفائه من الحيف والزيادة على الواجب ، فوجب تركه لولى الأمر يقيمه إن شاء بنفسه أو بواسطة نائبه .

وحضور الإمام ليس شرطاً فى إقامة الحد ؛ لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم ير حضوره لازماً فقال : « أغديا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » وأمر عليه السلام برجم ماعز ولم يحضر الرجم ، وأتى بسارق فقال « اذهبوا به فاقطعوه »[1] .

---

(١) الشرح الكبير ج ١٠ ص ١٢١

لكن إذن الإمام بإقامة الحد واجب فما أقيم حد فى عهد رسول الله إلا بإذنه وما أقيم حد فى عهد الخلفاء إلا بإذنهم ، ومما يروى عن رسول الله فى هذا قوله : « أربع إلى الولاة : الحدود ، والصدقات ، والجمعات ، والفىء »[1] .

وإذا كانت القاعدة العامة أن إقامة الحد للإمام أو نائبه إلا أنه لو أقامه غيره من الأفراد فإن مقيمه لا يسأل عن إقامته إذا كان الحد متلفاً للنفس أو للطرف[2] أى : إذا كان الحد قتلا أو قطعاً ، وإنما يسأل باعتباره مفتاتاً على السلطات العامة أما إذا كان الحد غير متلف كالجلد فى الزنا والقذف فإن مقيمه يسأل عن إقامته أى : أنه يسأل عن الضرب والجرح وما يتخلف عنهما. والفرق بين هاتين الحالتين أن الحد المتلف للنفس أو الطرف يزيل عصمة النفس وعصمة الطرف ، وزوال العصمة عن النفس يبيح القتل ، وزوال العصمة عن الطرف يبيح القطع ، فيصير قتل النفس أو قطع العضو مباحاً ولا جريمة فيما هو مباح . أما الحد غير المتلف فلا يزيل عصمة النفس ولا عصمة الطرف فيبقى معصوماً من يرتكب جريمة عقوبتها حد غير متلف وتعتبر إقامة الحد عليه جريمة ما لم تكن الإقامة ممن يملك تنفيذ العقوبة .

٥١٤ ـ الاستيفاء فى جرائم التعازير : واستيفاء العقوبات المحكوم بها فى جرائم التعازير من حق ولى الأمر أو نائبه أيضاً ؛ لأن العقوبة شرعت لحماية الجماعة فهى من حقها فيترك استيفاؤها لنائب الجماعة ، ولأن التعزير كالحد يفتقر إلى الاجتهاد ولا يؤمن فيه الحيف .

وليس لأحد غير الإمام أو نائبه إقامة عقوبة التعزير ولو كانت متلفة للنفس فإن قتل أحد الأفراد شخصاً محكوماً عليه بالقتل تعزيراً ، فهو قاتل له ولو أن عقوبة القتل متلفة للنفس ، والفرق بين عقوبة الحد المتلفة للنفس وعقوبة التعزير المتلفة للنفس أنه

---

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٨٧ ـ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٣٠.

(٢) الإقناع ج ٤ ص ٢٤٥

عقوبة الحد لا يجوز العفو عنها ولا إسقاطها ولا تأخير تنفيذها فهى عقوبة محتمة لابدمنها،أماعقوبةالتعزير المتلفة فلولى الأمر العفو عنها ولهذا فهى عقوبة غير لازمة لا تهدر عصمة المحكوم عليه إذ من الجائز أن يصدر عنها عفو فى اللحظة الأخيرة .

٥١٥ - الاستيفاء فى جرائم القصاص : والأصل أن عقوبات جرائم القصاص كغيرها من العقوبات متروك إقامتها لأولى الأمر ، لكن أجيز استثناء أن يستوفى القصاص بمعرفة ولى الدم أو المجنى عليه، والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿ ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف فى القتل ﴾ [الإسراء:٣٣]

ومن المتفق عليه أن لولى المجنى عليه حق استيفاء القصاص فى القتل بشرط أن يكون الاستيفاء تحت إشراف السلطان ؛ لأنه أمر يفتقر إلى الاجتهاد ويحرم فيه الحيف ، ولأنه لا يؤمن الحيف من المقتص مع قصد التشفى ، لكن إذا استوفاه فى غير حضور السلطان وقع الموقع أى : وقع الفعل قصاصاً ، وعزر المستوفى لافتياته على السلطان وفعله ما منع من فعله .

وينظر السلطان فى الولى فإن كان يحسن الاستيفاء ويقدر عليه بالقوة والمعرفة اللازمة مكنه منه،وإن كان لا يحسن الاستيفاء أمره أن يوكل غيره ؛لأنه عاجز عن استيفاء حقه .

وليس ثمة ما يمنع أن يعين خبير لاستيفاء الحدود والقصاص يأخذ أجره من بيت المال؛لأن هذا العمل من المصالح العامة فإذا كان الولى لا يحسن القصاص وكل هذا الخبير .

فإذا كان القصاص فيما دون النفس أى : فيما ليس قتلا فيرى أبو حنيفة أن المجنى عليه الحق فى استيفاء العقوبة بنفسه إن كان خبيراً يحسن الاستيفاء ، فإن لم يكن يحسنه ،وكل عنه من يحسنه وما يراه أبو حنيفة هو وجه فى مذهب أحمد(١) .

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٤٦ - الشرح الكبير جـ ٩ ص ٣٩٨ ، ٣٩٩

ويرى مالك والشافعى ورأيهما وجه فى مذهب أحمد أن المجنى عليه ليس له أن يستوفى عقوبة القصاص فيما دون النفس بأى حال سواء كان يحسن القصاص أو لا يحسنه ؛ لأنه لا يؤمن مع قصد التشفى أن يحيف على المجنى عليه أو يجنى عليه بما لا يمكن تلافيه ، وإنما يتولى القصاص فيما دون النفس من يحسنه من الخبراء ، وعلى هذا يصح أن يكون المستوفى موظفاً مخصصاً لهذا الغرض[1] .

٥١٦ - كيفية استيفاء القصاص فى النفس : لا يستوفى القصاص فى النفس إلا بالسيف عند أبى حنيفة ورواية عن أحمد سواء كان الجانى قتل بسيف أم بغير سيف ، وسواء كان القتل نتيجة لحز الرقبة أم لسراية جرح أو نتيجة الخنق أو التغريق أو التحريق أو غير ذلك ، وحجة القائلين بهذا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا قود إلا بالسيف » والقود هو القصاص فمعنى الحديث منع استيفاء القصاص بغير السيف .

وإذا كان الموت نتيجة قطع اتصلت به السراية فالقود بالسيف ؛ لأنه تبين أن فعل الجانى وقع قتلا من وقت وجوده فلا يقتص منه إلا بالقتل ؛ لأنه لو قطع عضواً من الجانى ليحقق التماثل ثم عاد لحز الرقبة إذا لم يمت من القطع كان ذلك جمعاً بين القطع والحز ، ولم يكن مجازاة بالمثل ، ولا يعتبر حز الرقبة متمماً للقطع ؛ لأن المتمم للشىء يكون من توابعه والحز قتل وهو أقوى من القطع فليس من توابعه ، كذلك فإن القصاص فى النفس مقصود منه إتلاف النفس فإذا أمكن هذا بضرب العنق فلا يجوز إتلاف أطرافه ؛ لأن إتلافها يعتبر تعذيباً وليس استيفاء .

وإذا أراد الولى أن يقتل بغير السيف لا يمكن من ذلك ، وإذا فعله عزر

---

(١) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٥٣ ، ٢٥٤ - المهذب جـ ٢ ص ١٩٧ - الشرح الكبير جـ ص ٣٩٩ .

لافتياته إلا أنه يعتبر مستوفيا لحقه فى القصاص بأى طريق قتله سواء قتله بالعصا أو الحجر أو ألقاه من سطح أو رداه فى بئر ونحو ذلك ؛ لأن القتل حقه فإذا قتله فقد استوفى حقه إلا أنه يفتات إذا استوفاه بغير السيف ؛ لأنه يستوفيه بطريق غير مشروع فيعزر على هذا الافتيات[1]

وعند مالك والشافعى وهو رواية عن أحمد[2] أن القاتل أهل لأن يفعل به كما فعل فإذا قتل بالسيف لم يقتص منه إلا بالسيف لقوله تعالى : ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ .

فإن حرقه أو غرقه أو رماه بحجر أو رماه من شاهق أو ضربه بخشبة أو حبس عنه الطعام أو الشراب فمات فللولى أن يقتص منه بمثل ذلك ، لقوله تعالى : ﴿ وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ﴾ ولأن القصاص قائم على المماثلة والمماثلة ممكنة فجاز أن يستوفى بها القصاص .

وللولى أن يقتص بالسيف فى هذه الأحوال ؛ لأنه قد وجب له القتل والتعذيب فإذا عدل إلى السيف فقد ترك بعض حقه وهو جائز له .

وإن كان القتل بما هو محرم لنفسه كاللواط وسقى الخمر فالرأى الراجح أن يكون القصاص بالسيف .

٥١٧ - ما يشترط فى آلة القصاص : وإذا أراد الولى أن يستوفى بنفسه فلا يكفى أن يكون خبيرا بالقصاص ، بل يجب أن يستعمل فيه أداة صالحة له لا كالة مثلا ولا مسممة لئلا يعذب المقتص منه ، فإن فعل ذلك وجب عليه التعزير ؛ لأن من شروط القصاص أن لا يعذب الجانى وأن تزهق روحه بأيسر ما يمكن[3] . تحقيقا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : «إن الله كتب الإحسان

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٦ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٠٠ وما بعدها

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٦ - المهذب ج ٢ ص ١٩٩ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٠٠ .

(٣) المهذب ج ٢ ص ١٩٨ - الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩٧

على كل شىء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة و إذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته » .

٥١٨ - هل يجوز الاستيفاء بما هو أسرع من السيف ؟ : والأصل فى اختيار السيف أداة للقصاص أنه أسرع فى القتل وأنه يزهق روح الجانى بأيسر ما يمكن من الألم والعذاب ، فإذا وجدت أداة أخرى أسرع من السيف وأقل إيلاما فلا مانع شرعا من استعمالها « فلا مانع شرعاً من استيفاء القصاص بالمقصلة والكرسى الكهربائى وغيرهما مما يفضى إلى الموت بسهولة و إسراع ولا يتخلف الموت عنه عادة ولا يترتب عليه تمثيل بالقاتل ولا مضاعفة تعذيبه ، أما المقصلة فلأنها من قبيل السلاح المحدد وأما الكرسى الكهربائى ؛ فلأنه لا يتخلف الموت عنه عادة مع زيادة السرعة وعدم التمثيل بالقاتل دون أن يترتب عليه مضاعفة التعذيب[1] » .

٥١٩ - هل يجوز للسلطان أن يستأثر اليوم باستيفاء القصاص : الرأى الراجح عند الفقهاء هو أن لا يترك المجنى عليه أو وليه أن يستوفى حق القصاص فيما دون النفس ؛ لأن هذا النوع من القصاص يقتضى خبرة ودقة فى المقتص ولا يؤمن فيه الحيف والتعذيب لو ترك المجنى عليه أو وليه[2] أما القصاص فى النفس فقد ترك للولى استيفاؤه بشرط أن يحسنه وأن يستوفيه بآلة صالحة فإذا لم يكن يحسنه وكل فى الاستيفاء من يحسنه ، فحق الولى فى الاستيفاء مقيد بإحسان الاستيفاء و باستعمال الآلة الصالحة .

ولقد كان الناس قديماً يحملون السلاح و يحسنون استعماله غالباً أما اليوم فقل فيهم من يحسن استعمال السيف بصفة خاصة وقل من يوجد لديه سيف صالح للاستعمال .

---

(١) من فتوى لجنة الفتوى بالأزهر . راجع القصاص ص ٢٠٨

(٢) المغنى ج ٩ ص ٤١٢ - المهذب ج ٢ ص ١٩٧ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٣

وإذا أضيف إلى هـــذا أن وسيلة الشنق والمقصلة والـكرسى الـكهربائى أسرع بالموت من السيف كما هو ثابت من التجربة ، وأن المشنقة والمقصلة وما أشبه لا يمكن أن يحصل عليها الأفراد ولا يصلحون لاستعمالها وأنها فى حيازة الدولة ، إذا روعى هذا جميعه أمـكن القول أن الضرورات اليوم تقضى بمنع ولى المجنى عليه من استيفاء حقه على الطريقة القديمة وبترك الاستيفاء لمن تخصصهم الدولة لهذا الغرض من الخبراء ، وللأولياء أن يأذنوا لهم بالتنفيذ إذا شاءوا القصاص وأن لا يأذنوا إذا رأوا العفو .

٥٢٠ ـ استيفاء العقوبات عند التعدد : تخالف الشريعة القوانين الوضعية فى طريقة استيفاء العقوبات عند التعدد ، ويرجع هذا الاختلاف قبل كل شىء إلى طبيعة العقوبات فى كل .

وإذا أخذنا القانون المصرى مثلا على القوانين الوضعية الحديثة فإنه يقضى بأن تنفذ العقوبات عند التعدد على حسب درجة جسامتها ، فتنفذ الأشغال الشاقة أولا ، ثم ينفذ السجن ثانياً ، ثم الحبس مع الشغل ، ثم الحبس البسيط م ٣٤ عقوبات .

ولا يراعى فى التنفيذ ترتيب صدور العقوبات. فإذا حكم على إنسان بالأشغال الشاقة أثناء تنفيذ عقوبة السجن أو الحبس عليه أوقف تنفيذ عقوبة السجن أو الحبس وبدىء فى تنفيذ عقوبة الأشغال الشاقة .

وتنفذ العقوبات فى القانون المصرى على التوالى فإذا انتهت إحداها نفذت الأخرى ، ولا يوقف تنفيذها أو يعطله أى اعتبار متعلق بالمحـكوم عليه ، فتنفذ سواء كان المحـكوم عليه مريضاً أو صحيحاً سقيما أو قويا .

وقد أوحت طبيعة العقوبات القانونية بهذا النظام، فهى عقوبات يستغرق

تنفيذها زمناً طويلا فكان لا بد من ترتيب تنفيذها على هذا الوجه ما دامت عقوبة الأشغال الشاقة تجب بمقدار مدتها كل عقوبة أخرى مقيدة للحرية محكوم بها عن جريمة وقعت قبل الحكم بالأشغال الشاقة ، وما دام من المحتمل أن يصدر على المحكوم عليه حكم آخر بالأشغال الشاقة أثناء التنفيذ .

أما النظام المتبع فى الشريعة الإسلامية فى حالة تعدد العقوبات فهو مختلف ولكل مذهب من المذاهب الفقهية رأيه فى هذه المسألة.

فمالك يرى فى حالة تعدد العقوبات أن يبدأ فى التنفيذ بماهو لله أى: بما يمس حقوق الجماعة ، ثم يقام بعد ذلك ماهو للناس أى : مايمس حقوق الأفراد، وحجة مالك فى هذا أن ما لله لاعفو فيه وماللآدميين قد يعفى عنه فمن مصلحة المحكوم عليه تأخير ما يمس حقوق الأفراد .

ويستوى عند مالك بعد ذلك البدء بالعقوبة الخفيفة والبدء بالعقوبة الأشد ويرى أن يترك لولى الأمر البدء بأيهما .

ويرى أبو حنيفة وأحمد تقديم ما يمس حقوق الأفراد على ما يمس حقوق الجماعة على أن يبدأ فيما يمس حقوق الأفراد بالأخف فالأخف ثم ينفذ بعد ذلك ما يمس حقوق الجماعة على أن يبدأ فيه ما يجب غيره .

ويرى الشافعى أن تنفذ العقوبات كلها بحسب خفتها ، فيقدم الأخف على الخفيف ، ويقدم ما يمس حقوق الآدميين على ما يمس حقوق الجماعة ، وهكذا حتى تنفذ العقوبات كلها ؛ لأنه لايعترف بالجب

ورأى فقهاء الشريعة فى تقديم الأخف على الأشد رأى يخالف ما جاء به القانون المصرى، ولكن يتفق مع طبيعة العقوبات الشرعية ، فالعقوبات الأساسية فى الشريعة هى القطع والجلد والقصاص وهى عقوبات بدنية فاستيفاؤها يوجب البدء بأخفها حفظاً لسلامة المحكوم عليه واستبقاء لقوة احتماله ومقاومته

ولا يقدم الأشد على الأخف ، إلا إذا كان الأشد يجب الأخف وفي هذا تتفق الشريعه مع القانون .

٥٢١ - التنفيذ على المريض والضعيف والسكران : وفقهاء الشريعة متفقون على وجوب تأخير تنفيذ عقوبة القصاص وعقوبات الحدود وما يماثلها من عقوبات التعازير إذا كان المحكوم عليه مريضاً ، أو كان الوقت لا يناسب تنفيذ العقوبة كأن كان برداً شديداً أو حراً شديداً ، ولا يستثنون من ذلك إلا عقوبة القتل ؛ لأنها عقوبة مهلكة أى : أن المقصود منها إهلاك المحكوم عليه، أما العقوبات الأخرى التى لا يقصد منها إهلاك المحكوم عليه فلا يصح أن تنفذ فى ظروف تؤدى إلى الهلكة .

ويرى بعض الفقهاء أن يؤخر تنفيذ الحد على الضعيف حتى يقوى ،ولكن البعض الآخر لا يرى تأخير التنفيذ ويفضل أن ينفذ الحد بقدر الإمكان بحيث لا يضار المحكوم عليه بضعفه ، فإن كانت العقوبة الجلد مثلا جلد مرة أو مرتين بصوت متعدد الفروع او بمثكال له شماريخ بعدد الأسواط أو نصفها .

ويرى الفقهاء أن لا تنفذ العقوبة على السكران حتى يصحو من سكره[١] .

٥٥٢ - التنفيذ على الحامل : عرفت الشريعة من يوم وجودها مبدأ عدم التنفيذ على الحامل ، وحديث الغامدية قاطع فى ذلك فقد جاءت الرسول تعترف بالزنا وهى حامل قال لها عليه الصلاة والسلام : «اذهبى حتى تضعى حملك» ومثله حديث معاذ : « إن كان لك عليها سبيل فلا سبيل لك على مافى بطنها» والتنفيذ الممنوع على الحامل هو الذى يضر بالحمل وهو تنفيذ القود والرجم والجلد .

والفقهاء مجمعون على هذ المبدأ ولكنهم مختلفون بعض الشىء فى مدى تطبيقه.

فيرى الشافعى أن لا ينفذ على المرأة إذا ذكرت حملا أو ريبة من حمل حتى تضع حملها أو يتبين أنها غير حامل ثم ينفذ عليها بعد الوضع ، وإن لم يكن لولدها

(١) شرح فتح القدير ج ٣ ص ١٨٥

موضع فيفضل الشافعى تركها أياماً حتى تجد لولدها مرضعاً فى حالة القتل .

ويرى أبو حنيفة فوق ما سبق أن لا ينفذ على الحامل حتى تشفى من النفاس ولو كانت العقوبة جلداً .

ويرى مالك أن لا ينفذ على الحامل حتى تضع ، ويعتبر النفاس مرضاً يوجب تأخير الجلد حتى ينتهى ، وإن وجد لطفلها مرضع نفذ عليها القتل . وإن لم يصيبوا لطفلها من يرضعه لم يعجل عليها بالقتل .

ويرى أحمد أنه إذا وجب القود أو الرجم على حامل أو حملت بعد وجوبه لم تقتل حتى تضع وتسقيه اللبأ ، ثم إن وجد له مرضعة راتبة قتلت ، ويستحب لولى القتل تأخيره للفطام ، وإن لم يكن له من يرضعه تركت حتى ترضعه حولين ثم تفطمه ، كما يرى تأخير الجلد حتى تضع الحمل .

٥٢٣ - التنفيذ على المجنون : سبق أن تكلمنا عن هذا الموضوع بمناسبة الكلام على مسئولية المجنون فليس ما يدعو لإعادة الكلام عن هذا الموضوع ويكفى فيه مراجعة ما سبق [١]

٥٢٤ - علنية التنفيذ : الأصل فى الشريعة أن يكون التنفيذ علنياً لقوله تعالى: ﴿وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين﴾ ولأن السنة جرت بهذا ، ويستوى فى ذلك القتل وغير القتل ، وتتفق الشريعة فى هذا مع كثير من القوانين الوضعية.

ولقد كان القانون المصرى يوجب العلانية فى تنفيذ عقوبة الإعدام أخذا عن القوانين الأوروبية ، ثم عدل عن اشتراط العلانية ، ولكن فرنسا لا تزال متمسكة بالعلانية .

وتنفذ عقوبة القتل فى الشريعة بالرجم إذا كانت عقوبة زان محصن وتنفذ بقطع الرقبة إن لم تكن عقوبة زنا على الرأى الراجح بين الفقهاء .

---

(١) راجع الفقرة ٤٢٨

والفقهاء مجمعون على أن يتم التنفيذ دون تعذيب أو تمثيل ، فأداة القتل يجب أن تكون قاطعة ، والجلاد يجب أن يكون خبيراً بعمله ، والتنفيذ يجب أن يتم بطريقة واحدة لجميع الناس مهما اختلفت مراتبهم وجرائمهم .

ولقد جاءت الشريعة بهذه المبادىء من يوم وجودها ، ولكن القوانين الوضعية لم تعرفها إلا أخيرا فقد كانت عقوبة القتل فى القوانين الوضعية على درجات كعقوبة الحبس ، وكان يصحبها أنواع مختلفة من التعذيب تختلف بحسب نوع الجريمة ، فقاتل والده مثلا كانت تقطع يده قبل القتل ، وكان التنفيذ يختلف بحسب درجة الأشخاص ، فالشريف يعدم بقطع رقبته بالسيف ، والعامى يعدم شنقاً . ولما جاءت الثورة الفرنسية تغيرت هذه الأوضاع وصدر قانون فى فرنسا يسوى بين المحكوم عليهم فى التنفيذ ويجعل عقوبة القتل بإزهاق الروح فقط ، وانتشر هذا المبدأ من فرنسا إلى غيرها من البلاد . ثم بدأت الأمم بعد ذلك تبحث عن الطريقة المثلى لإزهاق الروح دون تعذيب. فالمشرع الفرنسى اهتدى إلى طريقة قطع الرأس ، والمصرى والإنجليزى إلى طريقة الشنق ، وفى إيطاليا يطلق الرصاص على المحكوم عليه بالقتل ، وفى بعض الولايات المتحدة الأمريكية يصعق المحكوم عليه بالكهرباء .

وتقضى الشريعة أن تسلم جثة القتيل لأهله بعد التنفيذ ليدفنوه كما يشاءون لقوله عليه الصلاة والسلام : « افعلوا به كما تفعلون بموتاكم » فيصح إذن أن يدفن القتيل باحتفال كما يدفن غيره ، ولكن لولى الأمر إن شاء أن يمنع الاحتفال إن رأى أنه يؤدى إلى المساس بالأمن والنظام .

والقانون المصرى يقضى بتسليم الجثة لورثة القتيل على أن يكون الدفن بغير احتفال (المادة ٢٦٢ من قانون تحقيق الجنايات) كذلك يوجب القانون المصرى إيقاف تنفيذ حكم القتل على الحامل إذا ظهر أنها حبلى ولا ينفذ عليها إلا بعد الوضع (المادة ٣٦٣ من قانون تحقيق الجنايات المصرى)

الباب الخامس

العـــود

٥٢٥ - **ماهية العود** : يطلق العود اليوم فى اصطلاحنا القانونى على حالة الشخص الذى يرتـكب جريمة بعد أخرى حكم فيها نهائياً ، أى : أن العود ينشأ عن تـكرار وقوع الجرائم من شخص واحد بعد الحـكم نهائياً عليه فى إحداها أو بعضها .

ويتميز العود عن تعدد الجرائم بأن المجرم فى حالة التعدد يرتـكب جريمته الأخيرة قبل أن يصدر عليه حكم فى جريمة سابقة عليها ، أما فى العود فيكون المجرم حين ارتـكب جريمته الأخيرة قد صدر عليه حكم أو أكثر .

وعود المجرم للإجرام بعد الحكم عليه دليل على أن المجرم يصر على الإجرام ، وعلى أن العقوبة الأولى لم تردعه ، ومن ثم فقد كان من المعقول أن يتجه التفـكير إلى تشديد العقوبة على العائد ولقد كانت فـكرة التشديد تلقى فيما مضى مقاومة من بعض شراح القوانين الوضعية ، أما اليوم فليس ثمة من ينازع فى مشروعية العقاب على العود .

وشراح القوانين وإن كانوا يسلمون بالعقوبة على العود ، إلا أنهم اختلفوا فى تقرير المبادىء التى يقوم عليها العود ، فالبعض يرى أن يكون العود خاصاً بمعنى أن لا يعتبر المجرم عائداً إلا إذا كانت الجريمة الثانية من نوع الجريمة الاولى أو مماثلة لها ، فإن لم تـكن الجريمة الثانية كذلك فلا يعتبر المجرم عائداً .

ويرى البعض أن يكون العود عاماً بحيث يعتبر المجرم عائداً إذا ارتـكب جريمته الثانية سواء كانت من نوع الأولى أو من نوع آخر مماثلة لها أو غير مماثلة.

كذلك اختلف الشراح فى مدة العود ، فرأى البعض أن يكون العود مؤبداً

بحيث يعتبر المجرم عائدا مهما مضى من الزمن على جريمته الأولى ، ورأى البعض أن يكون العود مؤقتا بمعنى أنه إذا مضى وقت معين على الجريمة الأولى فلا يعتبر المجرم عائد إذا ارتكب جريمته الثانية .

وقد أخذ قانون العقوبات المصرى بهذه المبادىء جميعا فأخذ بمبدأ العود العام فى الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٤٩ من قانون العقوبات ، وأخذ بمبدأ العود الخاص فى الفقرة الثالثة من هذه المادة ، وأخذ بنظام العود المؤبد فى الفقرة الأولى من نفس المادة ، و بنظام العود المؤقت فى الفقرتين الثانية والثالثة من هذه المادة مراعيا فى كل ذلك نوع العقوبة ومدتها ونوع الجريمة .

و إذا تكرر من المجرم ارتكاب الجرائم فلا يعتبره شراح القوانين الوضعية مجرد عائد بل يعتبرونه مجرما معتادا على الإجرام وعدوا خطرا للجماعة يجب استئصاله منها أو إبعاده عنها ، وقد طبق القانون المصرى هذه النظرية تطبيقا محدودا فجعل عقوبة معتاد الإجرام الإرسال لمحل تعينه الحكومة « إصلاحية الرجال » إلى أن يأمر وزير العدل بالإفراج عنه بشرط أن لا تزيد مدة بقاء المجرم فى المحل الخاص عن ست سنوات أو عشر بحسب الأحوال « المادتان ٥٢ ، ٥٣ عقوبات » .

وفى إيطاليا يقضى قانون العقوبات الصادر فى سنة ١٩٣٠ بوضع معتادى الإجرام ومحترفيه فى محل زراعى أو صناعى لمدة لا تقل عن سنتين للمعتادين وثلاث للمحترفين .

وفى فرنسا ينص القانون الصادر فى ١٨٨٥/٥/٢٧ على نفى معتادى الإجرام إلى إحدى المستعمرات .

وهكذا طبقت القوانين الوضعية النظرية تطبيقا محدودا ولم تأخذ بهـا على إطلاقها .

هذه هى القواعد العامة التى يقوم عليها العود فى القوانين الوضعية الحديثة

ويلاحظ أن القوانين الوضعية لم تعرف قواعد العود إلا أخيرا ، وأن المبادىء التى وضعتها للعود والاعتياد على الإجرام تعتبر من أحدث المبادىء فى هذه القوانين .

٥٣٦ – الشريعة والعود : – وقد يدهش القارىء أن يعلم أن هذه المبادىء المستحدثة فى القوانين الوضعية هى نفس المبادىء التى وضعتها الشريعة الإسلامية للعود ولمعتادى الإجرام من ثلاثة عشر قرنا ، بل قد يدهشه أن يعلم أن القوانين الوضعية على حداثتها لم تطبق بعد المبادىء الشرعية على إطلاقها .

ومن المتفق عليه فى الشريعة أن يعاقب المجرم بالعقوبة المقررة للجريمة فإن عاد لها أمكن تشديد العقوبة ، فإن اعتاد الإجرام استؤصل من الجماعة بقتله أو بكف شره عنها بتخليده فى الحبس ، واختيار إحدى العقوبتين متروك لولى الأمر بحسب ما يراه من ظروف الجريمة وأثرها على الجماعة ، ومن الأمثلة على ذلك اللواطة لغير المحصن فالفاعل والمفعول به يعاقب كلاهما بالعقوبة المقررة للجريمة ، فإن اعتاد الجريمة ولم تردعه العقوبة قتل لشناعة جريمته ولما تؤدى إليه من التقليد وإفساد الأخلاق والتخنث . والسارق إذا اعتاد السرقة يعاقب على الاعتياد بتخليده فى الحبس حتى يموت أو تظهر توبته .

وقد أقرت الشريعة مبدأ العود على إطلاقه ، ولم يفرق الفقهاء بين العود العام والعود الخاص ، كما أنهم لم يفرقوا بين العود الأبدى والعود المؤقت ، ومن ثم يجوز أن يكون العود عاما وخاصا وأبديا ومؤقتاً ، والأمر فى ذلك متروك لولى الأمر يضع من القواعد ما يراه محققا للمصلحة العامة .

وهذه هى قواعد العود فى الشريعة وتلك قواعد العود فى القوانين الوضعية ولا فرق بينهما إلا أن الشريعة لم تطبق منذ زمن طويل فجهل الناس كل شىء عنها أما القوانين الوضعية فتطبق باستمرار ويعرفها أكثر الناس معرفة جيدة .

وقد يكفى الشريعة امتيازاً أن قواعدها التى وضعت منذ أكثر من ثلاثة عشر

قرناً تتفق تمام الاتفاق مع أحدث ما وصلت إليه القوانين الوضعية ، ولكن الشريعة فى الواقع تمتاز على القوانين الوضعية بأنها تعاقب معتادى الإجرام ومحترفيه فيه بالقتل و بالتخليد فى السجن ، وهما العقوبتان اللتان تصبو إليهما بصفة عامة نفوس شراح القوانين الوضعية وعلى الأخص أصحاب نظريتى تدابير الأمن mesure de Sû eté وطرق الاستئصال procédé d'élemination فهؤلاء يرون أن يستأصل معتاد الإجرام من الجماعة ، أو أن يحبس حبساً غير محدد المدة بحيث يكف شره عن الجماعة ، ولكن القوانين الوضعية لم تأخذ بهذه الآراء على إطلاقها ، واكتفت ، بالأخذ بنظرية الحبس غير المحدد المدة بعد أن وضعت على هذه النظرية من القيود ما يجعل الحبس فى النهاية حبساً محدد لمدة كما بينا فى الأمثلة التى ذكرناها عن القوانين المصرى والإيطالى والفرنسى .

وهكذا يتبين أن الشريعة الإسلامية قد سبقت القوانين الوضعية فى تنظيم العودة وتقرير قواعده ، ولا تزال سابقة لهذه القوانين فيما يختص بتقرير تدابير الأمن وطرق الاستئصال وتطبيقها على الوجه الذى ينادى به شراح القوانين أنفسهم .

الباب السادس

سقوط العقوبة

٥٢٧ - أسباب سقوط العقوبة : تسقط العقوبات فى الشريعة بأسباب مختلفة ، ولكن ليس فى هذه الأسباب ما يعتبر سبباً عاماً مسقطاً لكل عقوبة إنما تتفاوت الأسباب فى أثرها على العقوبات ، فبعضها يسقط معظم العقوبات وبعضها مسقط لأقلها ، و بعضها خاص بعقوبات دون أخرى .

والأسباب المسقطة للعقوبات هى (١) موت الجانى (٢) فوات محل القصاص (٣) توبة الجانى (٤) الصلح (٥) العفو (٦) إرث القصاص (٧) التقادم .

٥٢٨ - موت الجانى : تسقط العقوبات بموت الجانى إذا كانت بدنية أو متعلقة بشخص الجانى ؛ لأن محل العقوبة هو الجانى ولا يتصور تنفيذها بعد انعدام محلها .

أما إذا كانت العقوبة مالية كالدية والغرامة والمصادرة فلا تسقط بموت الجانى ؛ لأن محل العقوبة مال الجانى لا شخصه ومن الممكن تنفيذ العقوبة على مال الجانى بعد موته .

وقد اختلف الفقهاء فيما إذا كان سقوط عقوبة القصاص بموت الجانى يوجب الدية فى ماله أو لا يوجبها ، فرأى مالك وأبو حنيفة أن انعدام محل القصاص يترتب عليه سقوط عقوبة القصاص ولا يترتب عليه وجوب الدية فى مال القاتل ؛ لأن القصاص عندهما واجب عينا والدية فى رأيهما لا تجب بدلا من القصاص إلا برضاء الجانى ، فإذا مات الجانى سقط الواجب وهو القصاص ولم تجب الدية ؛ لأن الجانى لم يوجبها على نفسه و يستوى أن يكون الموت بآفة

سماوية أو بيد شخص آخر ما دام الموت بحق ، فإذا مات الجانى بمرض أو قتل فى قصاص لشخص آخر أو قتل لزنا أو ردة ففى كل هذه الحالات تسقط عقوبة القصاص ولا تجب الدية بدلا منها .

اما إذا قتل الجانى ظلماً فيرى مالك أن القصاص لأولياء المقتول الأول فمن قتل رجلا فعدا عليه أجنبى فقتله عمداً فدمه لأولياء المقتول الأول ويقال لأولياء المقتول الثانى ارضوا أولياء المقتول الأول وشأنكم بقاتلى وليكم فى القتل أو العفو ، فإن لم يرضوهم فلأولياء المقتول الأول قتله أو العفو عنه ، ولهم ذلك إن لم يرضوا بما بذلوا لهم من الدية أو أكثر منها و إن قتل خطأ فديته لأولياء المقتول الأول[1] .

و يسوى أبو حنيفة بين الموت بحق والموت بغير حق فكلاهما يسقط حق القصاص سقوطاً مطلقاً ولا يوجب الدية فى مال الجانى ولا فى مال غيره إذا جنى عليه[2] .

و يرى الشافعى وأحمد أن فوات محل القصاص يسقط عقوبة القصاص فى كل الأحوال سواء كان الموت بحق أو بغير حق ولكنه يؤدى إلى وجوب الدية فى مال الجانى ؛ لأن الواجب بالقتل عندهما أحد شيئين غير عين القصاص والدية فإذا تعذر أحدهما لفوات محله وجب الآخر ؛ ولأن ما ضمن بسببين على سبيل البدل إذا تعذر أحدهما ثبت الآخر[3] .

ونستطيع أن نتبين مدى الخلاف بين الفقهاء فى المثل الآتى : إذا قتل زيد علياً فإن لأولياء على حق القصاص على زيد ، فإذا مرض زيد ومات سقط القصاص بموته ولا شىء لاوليائه طبقاً لرأى مالك وأبى حنيفة ، ولأوليائه الدية فى مال زيد طبقاً لرأى الشافعى وأحمد . فإذا كان موت زيد راجعاً إلى أن خالداً

---

(١) مواهب الجليل ج ٧ ص ٢٣١ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٦ .

(٣) المهذب ج ٢ ص ٢٠١ ـ الشرح الكبير ج ٩ ص ٧١٤ .

قتله عمداً أو صدمه بسيارته خطأ فقتله فقد سقط حق القصاص ولا شيء لأولياء علىّ فى رأى أبى حنيفة ، أما طبقاً لرأى مالك فحق القصاص ينتقل إلى خالد لأولياء علىّ أن يقتصوا منه فى حالة العمد ، وليس لأولياء زيد أن يقتصوا من خالد إلا إذا أرضوا أولياء علىّ ، وفى حالة الخطأ يدفع خالد دية زيد لأولياء علىّ . وطبقا لرأى الشافعى وأحمد يسقط القصاص بموت زيد ويكون لأولياء علىّ الدية فى مال زيد .

٢٥٩ — فوات محل القصاص : المقصود بالقصاص هنا القصاص فيما دون النفس ومعنى فوات محل القصاص أن يذهب العضو محل القصاص مع بقاء الجانى حياً ، ففوات محل القصاص سبب مسقط لعقوبة القصاص فيما دون النفس فقط .

والأصل أن محل القصاص فيما دون النفس هو العضو المماثل لمحل الجناية ، فإذا فات محل القصاص سقط القصاص ؛ لأن محله انعدم ولا يتصور وجود الشيء مع انعدام محله .

وإذا سقط القصاص بحق لم يجب للمجنى عليه شيء عند مالك ، لأن حق المجنى عليه فى القصاص عينى فإذا سقط القصاص فقد سقط حق المجنى عليه ، أما إذا فات محل القصاص بظلم فإن حق القصاص ينتقل إلى الظالم على التفصيل الذى سبق بيانه فى حالة موت القاتل[١] .

وأبو حنيفة وهو من القائلين بأن موجب العمد هو القصاص عيناً يفرق بين ما إذا فات محل القصاص بآفة أو مرض أو ظلماً ، وبين فواته بحق كتنفيذ عقوبة أو استيفاء قصاص ، وفى الحالة الأولى يرى أن المجنى عليه لا يجب له شيء بفوات محل القصاص ، أما فى الحالة الثانية فيرى أن المجنى عليه تجب له الدية بدلا من القصاص ؛ لأن الجانى قضى بالطرف أو الجارحة التى فاتت حقاً مستحقاً عليه[٢] .

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢١٣ — شرح الدردير ج ٢ ص ٢١٣ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٦ ، ٢٩٨ .

ويرى الشافعى وأحمد أن المجنى عليه إذا ذهب محل القصاص أن يأخذ الدية أيا كان سبب ذهاب محل القصاص ، لأن موجب العمد عندهما أحد شيئين غير عين القصاص والدية ، فإذا ذهب محل القصاص تعينت الدية موجبا .

٥٣٠ ـ توبة الجانى : ـ من المتفق عليه فى الشريعة أن التوبة تسقط عقوبة جريمة الحرابة المقررة جزاء على الأفعال التى تمس حقوق الجماعة وذلك لقوله جل شأنه: ﴿ إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم ﴾ فالمحارب إذا تاب قبل القدرة عليه سقطت عنه العقوبات المقررة على الأفعال الماسة بحقوق الجماعة ، أما العقوبات المقررة على الأفعال الماسة بحقوق الأفراد فلا تسقطها التوبة .

وإذا كان الفقهاء قد اتفقوا على أن التوبة تسقط العقوبة المقررة لجريمة الحرابة إذا حدثت التوبة قبل القدرة على المحارب فإنهم قد اختلفوا فى أثر التوبة على ماعدا هذه الجريمة ، ولهم فى ذلك ثلاث نظريات ذكرناها بمناسبة الكلام على العدول عن الجريمة فلا داعى لتكرارها هنا[1] .

٥٣١ ـ الصلح : ـ الصلح سبب من أسباب سقوط العقوبة ولكنه لا يسقط إلا القصاص والدية أما ما عداهما من العقوبات فلا أثر للصلح عليها .

ولا خلاف بين الفقهاء فى أن القصاص يسقط بالصلح ، ويصح أن يكون الصلح عن القصاص بأكثر من الدية وبقدرها وبأقل منها .

والأصل فى الصلح السنة والإجماع . فقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: « من قتل عمدا دفع إلى أولياء

---

(١) راجع الفقرة ٢٥٣ .

المقتول فإن شاءوا قتلوا وإن شاءوا أخذوا الدية ، وما صولحوا عليه فهو لهم » ، وفى عهد معاويه قتل هدبة بن خشرم قتيلا فبذل سعيد بن العاص والحسن والحسين لابن المقتول سبع ديات ليعفو عنه فأبى ذلك وقتله(١) .

ولما كان القصاص ليس مالا جاز الصلح عنه بما يمكن أن يتفق عليه الفريقان لأنه صلح عما لا يجرى فيه الربا فأشبه الصلح على العروض فيصح أن يكون بدل الصلح قليلا أو كثيرا من جنس الدية أو من خلاف جنسها حالا أو مؤجلا .

أما إذا كان الصلح على الدية وليس على القصاص فإنه لا يجوز أن يكون على أكثر مما تجب فيه الدية ؛ لأن ذلك يعتبر ربا ، فمثلا لا يصلح الصلح على الدية مقابل مائة وعشرين من الإبل ؛ لأن الدية مائة من الإبل فقط ؛ ولأن الزيادة ربا .

٥٣٢ـ العفو : ـ العفو سبب من أسباب سقوط العقوبة وهو إما أن يكون من المجنى عليه أو وليه ، وإما أن يكون من ولى الأمر ، ولكن العفو ليس على أى حال سببا عاما لإسقاط العقوبة ، وإنما هو سبب خاص يسقط العقوبة فى بعض الجرائم دون البعض الآخر ، والقاعدة التى تحكم العفو أنه لا أثر له فى جرائم الحدود ، وأن له أثره فيما عدا ذلك على التفصيل الآتى :ـ

٥٣٣ ـ جرائم الحدود والعفو : ليس للعفو أى أثر على الجرائم التى تجب فيها عقوبات الحدود ، وليس للعفو أثر على هذه العقوبات سواء كان العفو من المجنى عليه أو من ولى الأمر . فالعقوبة فى هذه الجرائم لازمة محتمة ويعبر الفقهاء عنها بأنها حق الله تعالى ؛ لأن ما كان حقا لله امتنع العفو فيه أو إسقاطه(٢) .

---

(١) المغنى ج ٩ ص ٤٧٧ .

(٢) إذا عوقب على جريمة من جرائم الحدود بعقوبة تعزيرية مع عقوبة الحد جاز لولى الأمر أن يعفو عن العقوبة التعزيرية وحدها ، وإذا امتنع الحد فى جريمة من جرائم الحدود وعوقب عليها بالتعزير فليس لولى الأمر العفو عن العقوبة على الرأى الراجح .

وقد ترتب على عدم جواز العفو عن العقوبة أو إسقاطها اعتبار من وجب عليه حد مهلك مهدرا فيما وجب فيه الحد ، فإن وجب الحد فى نفسه أهدرت نفسه ، وإن وجب فى طرفه أهدر طرفه[1] .

٥٣٤ — العفو فى جرائم القصاص والدية : تجيز الشريعة للمجنى عليه أو ولى دمه أن يعفو عن عقوبتى القصاص والدية[2] دون غيرهما من العقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية ، فليس له أن يعفو عن عقوبة الكفارة ، ولا يؤثر عفوه على حق ولى الأمر فى تعزير الجانى بعد العفو عنه .

وليس لولى الأمر أن يعفو فى جرائم القصاص والدية عن العقوبات المقدرة كالقصاص والكفارة ، ولكن له أن يعفو عن أية عقوبة تعزيرية يعاقب بها الجانى وله أن يعفو عن كل عقوبة أو بعضها .

وحق المجنى عليه أو وليه فى العفو مقصور كحق ولى الأمر على العفو عن العقوبة فقط ، وليس لأيهما العفو عن الجريمة ، فإذا عفا أحدهما عن الجريمة انصرف عفوه إلى العقوبة فى الحدود التى بيناها ، والعلة فى منع العفو عن الجريمة أنه لو سمح للمجنى عليه بالعفو عن الجريمة لما أمكن معاقبة الجانى ، وفى هذا خطر شديد على الجماعة ؛ لأن الجريمة تمس الجماعة وإن كانت أكثر مساسا بالمجنى عليه ، ولو سمح لولى الأمر بالعفو عن الجريمة لأمكن تعطيل حق المجنى عليه فى القصاص والدية .

والأصل فى حق المجنى عليه أو وليه فى العفو الكتاب والسنة ، أما الكتاب فقد أقر هذا الحق فى سياق قوله تعالى: ﴿ يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى ﴾ حيث قال : ﴿ فمن عفى له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ﴾ وفى سياق قوله تعالى ﴿ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ﴾ حيث

---

(١) راجع الفقرة ٣٧٥ وما بعدها .

(٢) المقصود من الدية معناها الأعم فتشمل الدية والأرش والحكومة .

قال : ﴿ فمن تصدق به فهو كفارة له ﴾ وأما السنة فإن أنس بن مالك قال : « ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع إليه شيء من قصاص إلا أمر فيه بالعفو » .

والعفو عن القصاص عند الشافعى وأحمد هو التنازل عن القصاص مجانا أو على الدية فمن تنازل عن القصاص من القاتل مجاناً فهو عاف ، ومن تنازل عن القصاص مقابل الدية فهو عاف(١) .

والعفو عند مالك وأبى حنيفة هو إسقاط القصاص مجاناً ، أما التنازل عن القصاص مقابل الدية فهو ليس عفوا و إنما هو صلح ؛ لأن الجانى لا يلزم بالدية إلا إذا قبلها(٢) .

و يعتبر مالك وأبو حنيفة العفو عن القصاص على الدية صلحا لا عفوا ؛ لأن الواجب بالعمد عندهما هو القصاص عينا ؛ ولأن الدية لا تجب عندهما إلا برضاء الجانى ، وإذا كان إسقاط القصاص على الدية يقتضى رضاء الطرفين فهو صلح لا عفو . أما الشافعى وأحمد فيعتبران العفو عن القصاص على الدية عفواً لا صلحا ؛ لأن الواجب بالعمد عندهما أحد شيئين غير عين القصاص والدية ، والخيار للمجنى عليه أو وليه دون حاجة لرضاء الجانى ، ولما كان القصاص أشد من الدية كان إسقاطه واختيار الدية إسقاطا محضا لا مقابل له وترك للأكثر وأخذ للأقل ، فهو عفو ؛ لأنه إسقاط محض صادر من طرف واحد وغير متوقف على موافقة الطرف الآخر .

وكما يجوز العفو عن القصاص يجوز أيضا العفو عن الدية سواء كانت الدية هى العقوبة الأصلية كما فى القتل الخطأ أو كانت حالة محل القصاص .

٥٣٥ — العفو فى جرائم التعازير : من المتفق عليه بين الفقهاء أن لولى

---

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٠١ — الشرح الكبير ج ٩ ص ٤١٧ .

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢٣٠ — الزيلعى ج ٦ ص ١٠٧ ، ١٠٨ — البحر الرائق ج ٨ ص ٣٠٠ ، ٣٠١ .

الأمر حق العفو كاملا فى جرائم التعازير ، فله أن يعفو عن الجريمة وله أن يعفو عن العقوبة كلها أو بعضها ، ولكنهم اختلفوا فيما إذا كان لولى الأمر حق العفو فى كل جرائم التعازير أو فى بعضها دون البعض الآخر .

فرأى البعض أن ليس لولى الأمر حق العفو فى جرائم القصاص والحدود التامة التى امتنع فيها القصاص والحد ، وأن هذه الجرائم يعاقب عليها بالعقوبات التعزيرية المناسبة ولا عفو فيها لا عن الجريمة ولا عن العقوبة . أما ما عداها من الجرائم فلولى الأمر فيها أن يعفو عن الجريمة وأن يعفو عن العقوبة إذا رأى المصلحة فى ذلك بعد مجانبة هوى نفسه[١] .

ورأى البعض أن لولى الأمر فى كل الجرائم المعاقب عليها بالتعزير أن يعفو عن الجريمة وأن يعفو عن العقوبة إذا كان فى ذلك مصلحة[٢] . ورأى الفريق الأول أقرب إلى منطق الشريعة فى جرائم الحدود وجرائم القصاص .

وللمجنى عليه فى جرائم التعازير أن يعفو عما يمس شخصه كما فى الضرب والشتم ، ولكن عفوه لا يؤثر على حق الجماعة فى تأديب الجانى وتقويمه ، فإذا عفا المجنى عليه انصرف عفوه إلى حقوقه الشخصية[٣]

وإذا عفا ولى الأمر فى جرائم التعازير عن الجريمة أو العقوبة فإن عفوه لا يؤثر بأى حال على حقوق المجنى عليه[٤] .

وقد سبق أن تكلمنا عن العفو بمناسبة الكلام على بطلان القوانين المخالفة للشريعة وما قلناه هناك يكمل ما قيل هنا[٥] .

٥٣٦ — إرث القصاص : تسقط عقوبة القصاص إذا ورث القصاص من

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٢ ، ٢١٣ — المغنى ج ١٠ ص ٣٤٩ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٢ ، ١٦٣ — الأحكام السلطانية ص ٢٠٧ — الإقناع ج ٤ ص ٢٧٠ — مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٠ .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) الأحكام السلطانية ص ٢٠٧ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٣ .

(٤) المراجع السابقة ومواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٠ . (٥) راجع الفقرة ٢٠٣ .

ليس له أن يقتص من الجانى ، كما تسقط العقوبة إذا ورث الجانى نفسه كل القصاص أو بعضه ، فمثلا إذا كان فى ورثة المقتول ولد للقاتل فلا قصاص ؛ لأن القصاص لا يتجزأ ، وما دام لا يجب بالنسبة لولد القاتل ؛ لأن الولد لا يقتص من أبيه فهو لا يجب للباقين . وإذا قتل أحد ولدين أباه ثم مات غير القاتل ولا وارث له إلا القاتل فقد ورث القاتل دم نفسه كله ووجب القصاص لنفسه على نفسه فيسقط القصاص ، وكذلك الحكم لو ورث بعض القصاص فإن القصاص يسقط ولمن بقى من المستحقين نصيبهم من الدية[1] .

٥٣٧ — التقادم : ـ التقادم المقصود هو مضى فترة معينة من الزمن على الحكم بالعقوبة دون أن تنفذ فيمتنع بمضى هذه الفترة تنفيذ العقوبة .

والتقادم المسقط للعقوبة مختلف عليه فأكثر الفقهاء لا يسلمون به ، ومن يرونه مسقطا للعقوبة لا يجعلونه سبباً عاما مسقطا لكل عقوبة ، وآراء الفقهاء المختلفة يمكن ردها إلى نظريتين :

النظرية الأولى : وهى تقوم على مذهب مالك والشافعى وأحمد ، وتتلخص فى أن العقوبة لا تسقط مهما مضى عليها من الزمن دون تنفيذ ، وأن الجريمة لاتسقط مهمامضى عليها من الزمن دون محاكمة ، ما لم تكن العقوبة من عقوبات التعازير وما لم تكن الجريمة من جرائم التعازير ، فإن العقوبة أو الجريمة تسقط بالتقادم إذا رأى ذلك أولو الأمر تحقيقا لمصلحة عامة .

وأساس هذه النظرية أن قواعد الشريعة ونصوصها ليس فيها ما يدل على أن عقوبات جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية تسقط بمضى مدة معينة ، كذلك فإن ولى الأمر ليس له حق العفو عن هذه العقوبات أو إسقاطها بأى

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥١ ـ شرح الدردير ج ٤ ص ٢٣٣ ـ المهذب ج ٢ ص ١٨٦ ج ٩ ص ٣٦٢ .

حال ، وإذا لم يكن هناك نص يجيز إسقاط العقوبة ولم يكن لولى الأمر إسقاطها فقد امتنع القول بالتقادم .

أما العقوبات التعزيرية فتطبيق القواعد العامة عليها يقتضى القول بجواز سقوط العقوبة بالتقادم إذا رأى ولى الأمر ذلك تحقيقاً لمصلحة عامة ؛ لأن لولى الأمر حق العفو عن الجريمة وحق العفو عن العقوبة فى جرائم التعازير وإذا كان لولى الأمر أن يعفو عن العقوبة فيسقطها فوراً فإن له أن يعلق سقوطها على مضى مدة معينة إن رأى أن فى ذلك ما يحقق مصلحة عامة أو يدفع مضرة .

النظرية الثانية : وقوامها مذهب أبى حنيفة ، وأصحابها يتفقون مع أصحاب النظرية الأولى فى القول بالتقادم فى العقوبات التعزيرية وفى امتناع التقادم فى العقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية وفى جريمة القذف دون غيرها من جرائم الحدود ، أما بقية جرائم الحدود فيرون أن عقوباتها تسقط بالتقادم . وأبو حنيفة وأصحابه على هذا الرأى عدا زفر فإنه لا يرى سقوط عقوبة الحد بالتقادم .

على أن القائلين بسقوط عقوبة الحد بالتقادم من الحنفية يفرقون بين ما إذا كان دليل الجريمة شهادة الشهود أو الإقرار ، فإن كان الدليل شهادة الشهود سقطت العقوبة بالتقادم وإن كان الدليل الإقرار لم تسقط العقوبة بالتقادم(١) .

والأصل فى هذه التفرقة أن الحنفيين يشترطون لقبول الشهادة فى جرائم الحدود أن لا تكون الجريمة قد تقادمت ، ولا يستثنون من ذلك إلا جريمة القذف ؛ لأن شكوى المجنى عليه شرط لتحرك الدعوى العمومية فلا يستطيع الشاهد أن يشهد قبل الشكوى ، أما ما عدا القذف من الجرائم فلكل إنسان أن يتقدم بالتبليغ عنها ولا يتوقف تحريك الدعوى العمومية فيها على تبليغ المجنى عليه .

ويستند الحنفية فى قولهم بتقادم الجريمة إلى أن الشاهد مخير إذا شهد الجريمة

---

(١) يروى البعض سقوط حد الشرب بالتقادم ولو كان الدليل الإقرار .

بين أن يؤدى الشهادة حسبة لله تعالى لقوله جل شأنه: ﴿ وأقيموا الشهادة لله ﴾ [سورة الطلاق : ٢] و بين أن يتستر على الحادث لقوله عليه السلام :« من ستر على أخيه المسلم ستر الله عليه فى الآخرة » فإذا سكت الشاهد عن الجريمة حتى قدم العهد عليها دل ذلك على اختياره جهة الستر ، فإذا شهد بعد ذلك فإن هذه الشهادة المتأخرة دليل على أن ضغينة ما هى التى حملته على الشهادة ، ومثل هذا الشاهد المشكوك فيه لا تقبل شهادته . و يؤ يد الحنفية رأيهم هذا بما روى عن عمر من قوله : أيما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته ـ أى عند وقوعه ـ فإنما شهدوا عن ضغن ولا شهادة لهم. ويقولون إنه لم ينقل أن أحداً من الصحابة أنكر على عمر هذا القول فيكون إجماعا . ومن المستفاد من قول عمر أن الشهادة المتأخرة ثورت التهمة ولا شهادة لمتهم على لسان الرسول صلى الله عليه وسلم حيث يقول : « لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين » ـ أى متهم ـ .

و إذا كانت الشهادة ترد أصلا للتهمة فالمنطق أن لا ترد إذا انتفت التهمة كما لو كان الشاهد تأخر لطول الطريق أو لمرض ، ولكن لما كانت التهمة أمرا خفيا غير متضبط ومن الصعب التحقق منه فى كل الأحوال فقد أقيم التقادم مقامها وأهمل شأن التهمة فلا ينظر إلى وجودها وعدمها، وعلى هذا ترد الشهادات بالتقادم ولو لم يكن هناك تهمة أو مأخذ على الشاهد .

وبعد أن قال الحنفية بالتقادم فى الجريمة كان من السهل أن يقولوا به فى العقوبة ؛ لأن القاعدة عندهم أن الإمضاء من القضاء أى : أن التنفيذ متمم للقضاء فوجب أن يتوفر عند التنفيذ ما يتوفر عند الحكم ، وإذا وجب عند الحكم أن لا تتقادم الجريمة فقد وجب أن لا يكون التقادم عند التنفيذ[1] .

ولم يقدر أبو حنيفة للتقادم حداً وفوض الأمر فيه للقاضى يقدره طبقاً لظروف كل حالة ؛ لأن اختلاف الأعذار يجعل التوقيت متعذراً ، وقدره محمد بستة

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦١ وما بعدها ـ حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢١٨ .

أشهر وذكر عنه أنه قدره بشهر وهو رواية عن ابى حنيفة وأبى يوسف . ويترتب على هذا أن لولى الأمر أن يضع حداً للتقادم وأن يمنع قبول الدعوى بعد مضى مدة معينة إذا كان الدليل عليها هو الشهادة .

وخلاصة رأى الحنفيين فى سقوط العقوبة بالتقادم أن عقوبات التعازير تسقط بالتقادم أيا كان الدليل الذى بنى عليه الحكم ، وأن عقوبات الحدود فيما عدا القذف تسقط بالتقادم إذا كان دليل الجريمة فيها هو الشهادة ، فإذا كان دليل الجريمة الإقرار فلا يسقط إلا حد شرب الخمر على رأى أبى حنيفة وأبى يوسف[1] .

تم الجزء الأول بعون الله

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٢ .

مراجع الكتاب

فى التفسير :

جامع البيان فى تفسير القرآن	لأبى جعفر محمد بن جرير الطبرى
الجامع لأحكام القرآن	لأبى عبد الله محمد بن أحمد الأنصارى القرطبى
مفاتيح الغيب	لمحمد الرازى فخر الدين
الكشاف عن حقائق التنزيل	للزمخشرى
الشهاب على البيضاوى	لشهاب الدين الخفاجى
روح المعانى	للسيد محمد الألوسى
تفسير المنار	للسيد محمد رشيد رضا

فى الحديث :

صحيح البخارى	الطبعة الأولى بالمطبعة الخيرية
التاج الجامع للأصول فى أحاديث الرسول	الطبعة الأولى بمطبعة البابى الحلبى
نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار	لمحمد على الشوكانى مطبعة بولاق
عون البارى لحل أدلة البخارى	لابى صديق بن حسن بن على الحسينى مطبوع مع الكتاب السابق
زاد المعاد فى هدى خير العباد	لابن القيم الجوزية الطبعة الأولى بمطبعة صبيح

سبل السلام وهو شرح العلامة الصنعانى على متن بلوغ المرام للحافظ بن حجر العسقلانى

فى الأصول :

أصول الفقه	للشيخ محمد الخضرى	الطبعة الثانية
علم أصول الفقه	للشيخ عبد الوهاب خلاف	الطبعة الثانية
الإحكام فى أصول الأحكام	لابن حزم الأندلسى	الطبعة الأولى مطبعة السعادة
الإحكام فى أصول الأحكام	لسيف الدين أبى الحسن الآمدى	طبعة دار الكتب

المستصفى — للغزالى — الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية
فواتح الرحموت فى شرح مسلم الثبوت — لمحب الله بن عبد الشكور
مطبوع مع الكتاب السابق
رسالة الشافعى فى علم أصول الفقه — الطبعة الأولى طبعة القبانى

فى مذهب مالك :

المدونة الكبرى — رواية سحنون عن عبد الرحمن بن القاسم عن الإمام مالك
الطبعة الأولى بمطبعة السعادة
أحكام القرآن لأبى بكر بن عبد الله المعروف بابن العربى — الطبعة الأولى بمطبعة السعادة
مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب — الطبعة الأولى مطبعة السعادة
التاج والأكليل لمختصر خليل — للمواق — مطبوع مع الكتاب السابق
شرح الزرقانى على مختصر خليل — مطبعة محمد أفندى مصطفى
حاشية البنانى — مطبوع مع الكتاب السابق
شرح الخرشى على مختصر خليل — الطبعة الثانية بمطبعة بولاق
حاشية العدوى — مطبوع مع الكتاب السابق
المقدمات لابن رشد — الطبعة الأولى مطبعة السعادة
بداية المجتهد ونهاية المقتصد — لابن رشد — الطبعة الأولى بالمطبعة الجمالية
الشرح الكبير للدردير — المطبعة الأميرية
حاشية الدسوقى — مطبوع مع الكتاب السابق
فتح العلى المالك — للشيخ عليش — الطبعة الأولى مطبعة التقدم العلميه
تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومناهج الأحكام — لابن فرجون
مطبوع مع الكتاب السابق

فى مذهب أبى حنيفة :

المبسوط لشمس الدين السرخسى — مطبعة السعادة بمصر
كتاب الخراج — لأبى يوسف
بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع — لعلاء الدين الكاسانى
الطبعة الأولى بمطبعة الجمالية

شرح فتح القدير	لابن الهمام مع تكملة نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار على الهداية	
		الطبعة الأولى المطبعه الأميرية
شرح العناية على الهدايه	لمحمد بن محمود البابرتى	مطبوع مع الكتاب السابق
حاشية سعد جلبى		مطبوع مع الكتاب السابق
حاشية الطهطاوى على الدر المختار		الطبعة الثالثة
حاشية رد المحتار على الدر المختار	لابن عابدين	المطبعة الأميرية
تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق	للزيلعى	الطبعة الأولى المطبعة الأميرية
حاشية شهاب الدين الشلبى		مطبوع مع الكتاب السابق
لهداية شرح بداية المبتدى		لبرهان الدين أبى بكر المرغينانى
		الطبعة الأولى المطبعة الخيرية
البحر الرائق شرح كنز الدقائق	لابن نجيم	الطبعة الأولى
منحة الخالق على البحر الرائق	لابن عابدين	مطبوع مع الكتاب السابق
مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر	لشيخ زاده	
الأشباه والنظائر	لابن نجيم	مطبعة وادى النيل
إتحاف الإبصار والبصائر	محمد أبو الفتح	طبعة ١٢٨٩ هـ
تأسيس النظر	لابن عيسى الدبوسى	الطبعة الأولى
جامع الفصولين	لابن قاضى سماوه	الطبعة الأولى بالمطبعة الأزهرية
أحكام القرآن		لأبى بكر الرازى الجصاص
		الطبعة الأولى بمطبعة الأوقاف الإسلامية

فى مذهب الشافعى :

الأم	للامام الشافعى	الطبعة الأولى مطبعة بولاق
مختصر المزنى		مطبوع مع الكتاب السابق
أسنى المطالب شرح روض الطالب		لأبى يحى زكريا الأنصارى
		الطبعة الأولى بالمطبعة الميمنية

حاشية أبى العباس أحمد الرملى — مطبوعة مع الكتاب السابق

شرح البهجة لأبى زكريا الأنصارى — الطبعة الأولى بالمطبعة اليمنية

حاشية ابن قاسم العبادى — مطبوع مع الكتاب السابق

الأحكام السلطانية — للماوردى — الطبعة الأولى مطبعة السعادة ومطبعة الوطن

الفتاوى الكبرى لابن حجر المكى — المطبعة اليمنية

فتاوى شهاب الدين الرملى — مطبوع مع الكتاب السابق

تحفة المحتاج بشرح المنهاج — لشهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمى — طبعة ١٣١٩ هـ

نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج — لأبى العباس الرملى — الطبعة الأولى بمطبعة البابى الحلبى

حاشيه الشبراملسى — مطبوع مع الكتاب السابق

حاشية أحمد بن عبد الرازق المغربى — « « « «

حاشية البيجرمى على منهج الطلاب — الطبعة الأولى مطبعة البابى الحلبى

المهذب — لأبى إسحق الشيرازى — الطبعة الأولى مطبعة البابى الحلبى

إحياء علوم الدين — للغزالى — الطبعة الأولى طبع لجنة نشر الثقافة

الوجيز — للغزالى — الطبعة الأولى مطبعة الآداب والمؤيد

فى مذهب أحمد بن حنبل :

المغنى على مختصر الخرقى — لمحمد عبد الله بن قدامة — الطبعة الأولى بمطبعة المنار

الشرح الكبير على متن المقنع — لشمس الدين أبى الفرج عبد الرحمن بن قدامة — مطبوع مع الكتاب السابق

الإقناع لشرف الدين موسى الحجاوى — الطبعة الأولى المطبعة المصرية

مجموعة فتاوى ابن تيمية — مطبعه كردستان

الاختبارات العلمية لابن تيمية — مطبوع مع الفتاوى

أعلام الموقعين عن رب العالمين — لابن قيم الجوزية — مطبعة الكردى

الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية — « « « — « الآداب والمؤيد

إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان — « « « — « البابى الحلبى

الفروسية — « « « — « الأنوار

مجموعة الرسائل لابن تيمية — الطبعة الأولى مطبعة التقدم

كتب أخرى :

الكامل	لابن الأثير (تاريخ)	مطبعة بولاق
سيرة عمر بن الخطاب	لابن الجوزى	الطبعة الأولى مطبعة السعادة
القصاص	لأحمد محمد إبراهيم	طبعة ١٣٦٣ — ١٩٤٤
الجنايات المتحدة	لرضوان شافعى المتعافى	المطبعة السلفية
فقه القرآن والسنة	لمحمود شلتوت	الجزء الأول مطبعة العلوم
مجلة القانون والاقتصاد		
طرق القضاة في الشريعة الإسلامية	لأحمد إبراهيم بك	الطبعة الأولى المطبعة السلفية
طرق الإثبات الشرعية	« « «	« « مطبعة العلوم
القضاء فى الإسلام	لعطية مشرفة	« « « الاعتماد
الدية فى الشريعة الإسلامية	لعلى صادق أبو هيف	مطبعة على عنان

فهرست

تفصيـــل

رقم الفقرة	الموضوع	رقم الصفحة
	الفصل الأول	
٥١	التقسيم المبنى على جسامة العقوبة	٧٨
	جرائم الحدود	
	جرائم القصاص والدية	
	جرائم التعازير	
٥٢	أهمية هذا التقسيم	٨١
	من حيث العفو	
	من حيث سلطة القاضى	
	من حيث قبول الظروف المخففة	
	من حيث إثبات الجريمة	
	الفصل الثانى	
٥٣	تقسيم الجرائم بحسب قصد الجانى	٨٣
	ا — الجرائم المقصودة	
	ب — الجرائم غير المقصودة	
٥٤	أهمية هذا التقسيم	٨٤
	الفصل الثالث	
٥٥	تقسيم الجرائم بحسب وقت كشفها	٨٥
	الجريمة المتلبس بها	
	الجريمة التى لا تلبس فيها	
٥٦	أهمية هذا التقسيم	٨٦
	من حيث الإثبات	
	من حيث الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر	

رقم الفقرة	الموضوع	رقم الصفحة

الباب الأول

الباب الثانى

الركن المادى للجريمة

رقم الفقرة	الموضوع	رقم الصحيفة
	المبحث الثانى — فى أسباب رفع العقوبة	
٣٨٨	ما يرفع العقوبة	٥٦٢
	الفرع الأول — فى الإكراه	
٣٨٩	تعريف الإكراه	٥٦٣
٣٩٠	أنواع الإكراه	
٣٩١	شروط الإكراه	٥٦٥
٣٩٢	حكم الإكراه	٥٦٨
٣٩٣	الجرائم التى لا يؤثر عليها الإكراه	
٣٩٤	الجرائم التى يباح فيها الفعل	٥٧٠
	مسئولية المكره المدنية عن هذه الجرائم	
٣٩٥	بين الشريعة والقانون	٥٧١
٣٩٦	الجرائم التى ترتفع فيها العقوبة	٥٧٢
	حكم المسئولية المدنية	
٣٩٧	أساس نظرية الإكراه فى الشريعة	٥٧٤
٣٩٨	بين الشريعة والقوانين الوضعية	٥٧٦
٣٩٩	الإكراه والضرورة	
٤٠٠	شروط حالة الضرورة	٥٧٧
٤٠١	حكم حالة الضرورة	٥٧٨
٤٠٢	الجرائم التى تؤثر عليها الضرورة	
٤٠٣	الجرائم التى تبيحها الضرورة	٥٧٩
٤٠٤	الجرائم التى ترفع الضرورة عقوبتها	٥٨٠
٤٠٥	حكم المسئولية المدنية فى حالة الضرورة	٥٨١
٤٠٦	الأساس الشرعى لحالة الضرورة	
	الفرع الثانى — فى السكر	
٤٠٧	الشرب والسكر	٥٨١
٤٠٨	السكر والمسئولية الجنائية	٥٨٢
٤٠٩	السكر والمسئولية المدنية	٥٨٣

رقم الفقرة	الموضوع	رقم الصحيفة